

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE
EN MATIÈRE DE PHARMACIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 8 Novembre 1909, à 3 heures

PAR

GEORGES LALY

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, professeur.
CAPITANT, professeur.

PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor-Cousin, 11

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

EN MATIÈRE DE PHARMACIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 8 Novembre 1909, à 3 heures

PAR

GEORGES LALY

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, professeur.
CAPITANT, professeur.



PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor-Cousin, 11

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'étudier les lois qui protègent la propriété des produits pharmaceutiques.

Le vaste développement de la chimie organique au siècle dernier a abouti à une multiplication rapide des agents thérapeutiques et des moyens curatifs.

D'autre part, le développement normal de la pharmacie y a introduit l'usage des marques de fabrique et créé cette catégorie de remèdes qu'on désigne sous le nom de « spécialités » et qui ont pris une place si considérable dans le commerce (1).

Or, tous ces remèdes sont soumis à une législation spéciale.

Ils ne sont pas brevetables d'après la loi du 5 juillet 1844. Le législateur n'a pas voulu que quelqu'un pût s'approprier un produit utile et même nécessaire à la société tout entière.

Nous aurons à discuter les motifs de cette prohibition et ensuite à en examiner la portée exacte.

1. Les spécialités françaises sont exportées annuellement pour une valeur supérieure à 50 millions de francs.

La loi de 1837 sur les marques de fabrique ne comporte aucune interdiction relative aux remèdes, et il semble que rien ne les distingue des autres produits de l'industrie.

Cependant, la plupart sont des remèdes secrets et la vente en est interdite. Nous étudierons leur situation lorsqu'ils sont recouverts d'une marque de fabrique.

Enfin, les inventeurs ont essayé de trouver dans la loi de 1837 une protection que leur refusait la loi de 1844 et de créer, à leur profit et à l'abri d'une marque, le monopole que leur aurait attribué un brevet d'invention.

Nous verrons comment la jurisprudence s'est montrée décidée à faire respecter intégralement le principe d'intérêt général contenu dans la loi de 1844.

Sans doute, nous n'avons pas envisagé toutes les questions qui intéressent la propriété des remèdes. Nous avons voulu simplement nous occuper de celles qui leur sont réellement propres, de celles dont la solution comporte une dérogation au droit commun.

C'est pourquoi nous avons laissé volontairement de côté ce qui concerne notamment le nom commercial, la contrefaçon, la concurrence déloyale, la propriété littéraire, les dessins et modèles de fabrique. Rien ne distingue à cet égard la pharmacie des autres branches du commerce et de l'industrie.

CHAPITRE PREMIER

DES REMÈDES

Qu'est-ce qu'un remède ?

Avant d'étudier les dérogations au droit commun que la loi apporte en matière de pharmacie, il est indispensable d'avoir une notion nette et précise de l'objet qui y est soumis ; il est nécessaire de posséder une définition juridique du « remède », de la « composition pharmaceutique ».

Le premier devoir de la législation sur l'exercice de la pharmacie était, semble-t-il, de nous offrir une telle définition.

Elle ne figure cependant dans aucun texte. Peut-être à l'époque, déjà bien ancienne, de la réglementation de la pharmacie son domaine était-il assez restreint pour que le besoin d'une délimitation ne se fit pas sentir aussi impérieusement qu'aujourd'hui. Peut-être aussi le législateur a-t-il reculé devant la difficulté de la tâche. Dans notre matière, en effet, il a gardé bien souvent le silence pour éviter de prendre une décision.

Quoi qu'il en soit, les termes « remède », « médicament », « préparation en forme de médicament », « produits médicamenteux », « drogues » sont employés indifféremment, semblent synonymes et ne sont précédés d'aucune explication.

La doctrine et la jurisprudence ont donc été amenées à combler cette lacune. Elles n'y ont réussi qu'imparfaitement et n'ont pas encore découvert un texte définitif.

Les derniers auteurs, les arrêts les plus récents, proposent encore la formule décisive qui serait une base solide aux discussions ultérieures.

Dans son acception la plus large le remède est d'après Larousse : « Ce qui guérit ; ce qui ramène dans l'économie le fonctionnement régulier détruit par un mal », ou d'après Lettré : « Tout ce qui peut déterminer un changement salulaire dans l'économie en général et dans un organe en particulier, que ces moyens soient hygiéniques, chirurgicaux ou pharmaceutiques ».

La première définition est évidemment trop large. Elle comprend en effet dans son cadre les rayons X, l'hypnotisme et même les sports. La deuxième n'est pas plus précise malgré ses distinctions apparentes puisqu'elle ne nous dit pas ce qui distingue notamment un remède hygiénique d'un remède pharmaceutique.

M. Allart, dans son ouvrage sur la pharmacie au point de vue de la propriété industrielle, s'exprime ainsi : « Le remède est toute substance simple ou composée, naturelle ou fabriquée, susceptible de rendre ou de conserver la santé à l'homme ou aux animaux.

« Toutefois il ne faudrait pas considérer comme remède
« une substance alimentaire ou bien une liqueur pou-
« vant offrir des qualités hygiéniques mais ne présen-
« tant pas, à proprement parler, de vertus curatives.
« Ajoutons que les différentes substances employées
« dans la thérapeutique n'ont le caractère de remèdes
« que lorsqu'elles se débitent au poids médicinal : leur
« vente en gros est libre et n'appartient pas exclusive-
« ment aux pharmaciens. Le remède peut donc se défi-
« nir au point de vue juridique : Toute substance ou
« préparation offrant des propriétés médicamenteuses et
« employée au poids médicinal ».

Cette définition, à notre avis, doit être également écartée. Tout d'abord elle dit que le remède est une substance offrant des propriétés médicamenteuses, ce qui revient à dire qu'un remède est un médicament. Il resterait alors à définir ce qu'est un médicament et le problème n'est guère avancé. D'autre part la substance doit être « employée au poids médicinal ». Cette expression a été depuis un siècle prise dans des sens bien différents.

Autrefois le poids médicinal différait du poids de commerce ; il était d'environ un sixième plus faible. Cet état de choses cessa après l'adoption du système décimal.

Pendant quelque temps la jurisprudence estima « que la vente au poids médicinal ne peut s'entendre que de la *vente au détail faite suivant le formulaire légal et selon les prescriptions des médecins et des chirurgiens* ». Cette interprétation étroite a trouvé place notam-

ment dans un arrêt de la Cour de Montpellier, du 11 avril 1837 dans un arrêt de la Cour d'Aix et dans un arrêt de la Cour de Nîmes. Mais elle fut justement condamnée par la Cour de cassation qui a rendu, toutes chambres réunies, l'arrêt suivant le 16 décembre 1838 :

« Attendu que par ces mots « tout débit au poids
« médicinal » la loi n'a pas entendu proscrire seule-
« ment les ventes au poids indiqué dans les dispen-
« saires ou formulaires rédigés ou qui le seraient,
« dans la suite, par les écoles de médecine, mais toutes
« les ventes en détail de drogues et préparations médi-
« camenteuses ; attendu que si l'on admettait que la
« vente de ces drogues et préparations en détail et par
« parcelles n'est défendue qu'autant qu'elle a lieu aux
« poids indiqués dans le code pharmaceutique, il serait
« toujours facile d'éluder la loi en adoptant des poids
« équivalents ou en vendant des médicaments par petits
« paquets, prises ou doses ; que cette interprétation
« rendrait d'ailleurs tout à fait illusoires les disposi-
« tions de la législation relatives aux remèdes secrets
« et qui se débitent ordinairement dans des proportions
« ou quantités fixées d'avance par ceux qui prétendent
« les avoir inventées ou découvertes. »

Toute vente au détail était donc vente au poids médicinal et il en fut ainsi jusqu'en 1876 où la Cour de cassation est revenue sur ses décisions antérieures dans un arrêt de principe rendu le 22 janvier (D. P. 1876, I, 91).

Elle établit une différence entre « les substances qui, comme l'huile de foie de morue, peuvent être utilisées dans le commerce et celles qui ont des propriétés exclu-

sivement médicamenteuses ». Dans le deuxième cas il ne peut se présenter aucune difficulté ; dans le premier « la contravention (1) n'apparaît que lorsqu'il ressort des circonstances du débit que c'est à titre de drogue médicinale et pour un emploi curatif que la substance doit être livrée ».

« Au poids médicinal » signifie donc aujourd'hui « dans un but curatif » et un kilo de fer dialysé vendu avec un compte-gouttes, par exemple est une vente au poids médicinal (2).

La définition de M. Allart revient donc à dire qu'un remède est toute substance ou préparation offrant des propriétés médicamenteuses et employées dans un but curatif. Nous ne savons pas d'ailleurs si c'est bien le sens qu'il lui attribue. Il semble donner au mot poids médicinal son ancien sens de « au détail » et alors sa définition laisserait de côté, comme le fait remarquer l'arrêt de cassation de 1838, toutes les « spécialités pharmaceutiques », c'est-à-dire presque la totalité des espèces qui doivent y entrer.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence exigeait, pour attribuer à une substance le caractère d'un médicament :

1° Qu'elle possède des propriétés thérapeutiques, curatives ;

2° Qu'elle soit employée dans le but d'utiliser ces propriétés.

Quelques décisions ont bien prétendu qu'en principe

1. A la loi de germinal an VII.

2. Seine, 21 avril 1880 (10^e ch.), *Droit*, 4^{er} mai.

toute substance vendue dans un but curatif est un remède sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette substance est ou non susceptible d'avoir une action quelconque. C'est ainsi que le tribunal de Rouen avait jugé que des pastilles de sucre et gomme étaient bien un remède.

« Attendu qu'il n'y a donc pas à s'arrêter à cette
« prétention de R..., qu'en réalité les pâtes mises en
« vente par lui ne pouvaient exercer aucune influence
« sur la santé ; que ce fait que la préparation pharma-
« ceutique par lui offerte aux acheteurs ne possédait
« pas toutes les qualités médicinales qu'ils devaient
« espérer y rencontrer, ne saurait faire disparaître le
« délit, mais que cette allégation montre la nécessité
« de mettre hors du commerce libre, ainsi que l'ont
« fait les lois réglementant l'exercice de la pharmacie
« et de soustraire aux dangers des spéculations indus-
« trielles les préparations destinées à influencer sur la
« santé... » condamna.

Mais la Cour réforma par les considérants suivants :

« Attendu que la déclaration de 1777 comme la loi
« de germinal ont eu pour objet moins d'établir un pri-
« vilège au profit des pharmaciens que de protéger la
« santé publique ; que le seul point à examiner est de
« savoir si les deux pâtes de réglisse saisies rentrent
« dans les prévisions de l'article 33, c'est-à-dire si elles
« peuvent constituer une composition ou une prépara-
« tion pharmaceutique, qu'elles ne sauraient évidemment
« avoir ce caractère qu'autant que la science médicale
« pourrait leur attribuer une propriété curative, une pro-

« propriété médicale ; qu'il importe peu que pour vulgari-
« ser l'emploi de ces produits et en faciliter la vente des
« annonces ou prospectus leur aient faussement attribué
« des propriétés curatives ou qu'ils soient mention-
« nés dans les formules du Codex ; qu'en effet le Codex
« énumère un grand nombre de substances qui, comme
« la graine de lin, la poudre de riz, l'huile d'amandes
« douces sont étrangères à l'art de guérir et dont la
« vente dès lors ne peut être exclusivement réservée
« aux pharmaciens ; attendu que les deux pâtes de
« réglisse incriminées sont une substance inerte, émol-
« liente, qui, même additionnée de sucre, gomme ou
« fécule, ne constitue pas une composition ou prépara-
« tion pharmaceutique. » — Rouen, 27 avril 1876,
Sirey, 76. 2. 179.

Sans doute il n'est pas nécessaire que le corps qui possède des propriétés curatives soit réellement efficace et en quantité suffisante pour l'être. Peu importe qu'il s'agisse même de doses infinitésimales ; quelque minime qu'elle soit dès le moment qu'on lui attribue une vertu curative, c'est un médicament. La Cour de cassation en a ainsi décidé, notamment au sujet d'une préparation homœopathique le 6 février 1857 (D. P. 57. 2. 118) et plus récemment le Tribunal de Lille qualifiait de remède des pastilles « auquel du menthol a été incorporé en quelque quantité que ce soit ».

Enfin il y a quelques mois à peine la question s'est posée devant la Cour de cassation. Une préparation, le sucre *Edulcor*, à base de bicarbonate de soude et de saccharine était aux yeux du parquet un produit alimen-

taire, et soumis aux règlements concernant la vente de la saccharine. Le propriétaire excipait de ce que le produit litigieux était un médicament et comme tel soumis aux lois sur l'exercice de la pharmacie. Le caractère médicamenteux avait été reconnu successivement par le tribunal de la Seine (18 oct. 1906) et par la Cour d'appel (11 novembre 1907) . Devant la Cour suprême le procès a donné lieu à un remarquable rapport de M. le conseiller Laurent Atthalin.

Après avoir passé en revue la jurisprudence, démontré qu'elle tenait compte à la fois de la composition du produit et des conditions dans lesquelles il est débité, il estime que le juge doit prendre en considération les éléments suivants :

1° Les propriétés des substances

La Cour de cassation revendique pour les tribunaux le pouvoir de décider souverainement que tel corps a ou n'a pas de propriétés curatives. Ils s'éclairent, bien entendu, de l'opinion des hommes de l'art, ou de tous autres éléments, mais ils ne reconnaissent aucun critérium capable de forcer leur décision. C'est ainsi que la Cour refuse tout caractère médicamenteux à la saccharine, alors qu'elle est cependant inscrite au Codex de 1908 dans la liste des « substances médicamenteuses, qui ne sont pas soumises à la loi sur les substances

vénéneuses, mais qu'il est prudent de tenir séparées des autres » (1).

2° *L'emploi*

La présence seule d'une substance qui a des propriétés et une utilité curatives dans une préparation ne suffit pas à lui donner le caractère de remède. Il est nécessaire que ce soit précisément ces propriétés qui soient utilisées ; que la présence des corps soit due à ses propriétés curatives et non à d'autres qu'il pourrait avoir indépendamment. Ainsi, par exemple, le bicarbonate de soude, qui possède une action thérapeutique reconnue et qui est un remède d'après une jurisprudence constante, peut cependant, d'après la Cour de cassation être employé dans des pastilles de saccharine pour la rendre soluble ou pour permettre la préparation sous forme de pastilles. Dans ce cas les propriétés curatives du sel sodique s'effacent pour ainsi dire devant ses propriétés solubilisantes, et le produit formé peut ne pas être un remède.

1. Dans le même sens :

COUR DE TOULOUSE (1^{re} ch)

6 juin 1903

« Attendu qu'il ne s'agit pas d'un remède (secret) ; que l'inscription au Codex ne suffit pas pour donner ce caractère à une préparation plutôt hygiénique que curative, sans dénaturation de la substance inoffensive, le goudron, qui lui sert de base.

(Il s'agissait du goudron Guyot).

3° *Les doses*

Nous avons déjà vu à ce sujet que, en général, les doses sont sans importance au point de vue de la qualification. Il y a cependant des espèces où cet élément peut être pris en considération. Il en est ainsi quand on se trouve en présence de certains produits alimentaires. L'exemple de la saccharine montrera encore la difficulté qui peut se présenter. Il peut exister en effet des pastilles de bicarbonate de soude édulcorées à la saccharine et des pastilles de saccharine rendue soluble au moyen du bicarbonate de soude. Ce sont les doses respectives des deux corps qui provoquent évidemment cette différence et qui donnent à chacun soit un rôle principal, soit un rôle accessoire, ou produit la qualité de remède ou de simple produit alimentaire.

4° *Les circonstances du débit.*

La manière dont le produit est présenté au public a une importance considérable, et les tribunaux doivent examiner les conditions dans lesquelles il est mis en vente, notamment les étiquettes, les prospectus. Il est nécessaire, sans aucun doute, qu'il soit livré par le vendeur à titre de médicament. Nous avons vu d'ailleurs que c'est là la signification que la jurisprudence accorde aux mots « au poids médicinal ».

Nous penserions même que ce dernier élément devrait être capital et que devrait être considérée comme remède toute substance vendue dans un but curatif, sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette substance est ou non susceptible d'avoir une action thérapeutique quelconque. La seule considération qui doit en effet tout dominer est l'intérêt de la santé publique ; c'est lui seul qui justifie la réglementation de la pharmacie en dehors du droit commun et quelquefois draconienne.

Sans doute le premier devoir, celui qui apparaît tout d'abord est de prohiber ou de monopoliser entre les mains de personnes compétentes le commerce des substances effectivement médicamenteuses, dont l'emploi est, à des degrés différents, mais toujours dangereux. Mais il est non moins certain que la remise d'un médicament inefficace a empêché l'emploi d'un remède plus énergique et a pu laisser le mal s'aggraver.

Jusqu'à présent la jurisprudence paraît avoir exigé que la préparation possède réellement des propriétés curatives. Les décisions en sens contraire sont très rares et déjà anciennes (Rouen, 27 avril 1876, Seine, 22 décembre 1876, Troyes, 23 juin 1882). Nous pensons néanmoins que cette attitude tient à ce qu'elle a eu à se prononcer seulement dans des espèces d'un genre particulier et comme juridiction répressive. Les acquittements qui sont intervenus doivent plutôt être considérés comme des actes de tolérance, qui s'expliquent dans une certaine mesure quand ils s'appliquent à la vente de substances d'une efficacité plus que dou-

teuse, et qui n'ont qu'un effet hygiénique sur lequel personne ne s'abuse. Tel est, par exemple, le cas de pastilles pour le rhume comme les pastilles de Calabre, les pastilles de mou de veau, ou des « amers » comme les quinquinas apéritif des cafés, c'est-à-dire des bonbons ou des friandises.

Au contraire s'il s'agissait de substances auxquelles on attribuerait des vertus curatives à des maux plus graves, les tribunaux n'hésiteraient pas à les considérer, par ce seul fait comme de véritables remèdes.

C'est d'ailleurs ce qu'a fait la chambre des requêtes de la Cour de cassation en rejetant par arrêt du 5 novembre 1906 le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen du 19 novembre 1905 (1).

La Cour avait décidé que leur produit le « Purificateur Nabonne » auquel ses propriétaires attribuaient des vertus curatives étaient par ce fait même un remède; ces derniers prétendaient au contraire que ce n'était qu'une lotion hygiénique, ne renfermant aucun produit pharmaceutique et offraient de le prouver par une analyse.

La Cour de cassation donna raison aux juges d'appel qui avaient refusé de recourir à l'expertise préalable. Elle estima avec eux qu'elle était inutile pour établir le caractère médicamenteux du produit.

On peut donc dire que la doctrine et la jurisprudence ont adopté la définition suivante de M. Henri Martin : « Est qualifié médicament toute substance simple ou

1. *Le droit médical*, décembre 1906.

« préparation possédant ou à laquelle sont attribuées
« des propriétés médicinales ou curatives et employée
« chez l'homme ou chez les animaux dans le but de
« reconnaître, guérir, soulager ou prévenir un état de
« maladie ». C'est d'ailleurs une définition sinon identique du moins analogue qui a été adoptée par le congrès de 1898 et par le projet de loi dit « des écoles » sur l'exercice de la pharmacie.

Citons enfin un texte proposé par M. Vignerons ainsi conçu : « Est qualifié produit médicamenteux toute substance dont les caractères pharmacologiques sont suffisamment constants et définis pour avoir été considérés par la commission du Codex ou une commission permanente dite des « Essais des médicaments nouveaux » comme susceptible d'être employée à la préparation des médicaments ».

Il est, croyons nous, inutile de s'y arrêter. En l'état actuel de la législation elle n'a aucune valeur et même un règlement d'administration publique à qui son auteur la propose ne pourrait lui en donner une.

Elle serait en outre très dangereuse, comme on l'a fait remarquer, pour les intérêts du corps pharmaceutique. Elle conduirait en effet « à refuser le caractère « médicamenteux à une foule de produits qui ne peuvent être vendus que dans les pharmacies à raison de « leurs vertus curatives », par exemple à presque toutes les spécialités pharmaceutiques.

Elle est intéressante néanmoins, parce qu'elle est basée sur une confusion, sur une différence qu'on a voulu établir entre le « médicament » et le « pro-

duit médicamenteux » ou la « substance médicamenteuse ».

Cette confusion vient de ce que la loi emploie les deux expressions dans des textes différents. La première est seule employée de la loi de germinal. La deuxième apparaît dans la loi de mars 1851 sur les fraudes et est reproduite dans la loi de 1905.

On a dit alors : un « produit médicamenteux » est un produit industriel susceptible d'être employé dans un but curatif quelconque ; et ce produit, délivré au poids médicinal, devient un médicament. On distingue donc la marchandise vendue en gros par le droguiste de celle vendue en détail par le pharmacien.

Il peut être exact qu'il existe des différences de traitement entre les deux produits au sujet du monopole des pharmaciens notamment, mais elles ne tiennent pas, comme on l'a cru, à la matière du produit pharmaceutique, mais bien à la nature de la transaction dont il est l'objet. Il n'y a aucune différence à établir entre les deux, la jurisprudence d'ailleurs est unanime, et il tombe sous le sens qu'un kilo de quinine est un « remède » au même titre qu'un cachet de quinine préparé par le pharmacien.

Nous avons déjà vu que le juge décide souverainement si tel corps qui lui est soumis possède ou non le caractère médicamenteux. Aucune autorité ne peut se substituer à la sienne, pas même celle des auteurs du Codex. Il reste à examiner rapidement si l'opinion du juge du fait est définitive, ou si au contraire la Cour de cassation peut exercer son contrôle. Jusqu'à aujour-

d'hui, il était constant que le caractère médicamenteux, était une question de fait qui ne pouvait être examinée par la Cour suprême. La question vient d'être remise en état tout récemment (février 1909) par M. le conseiller Laurent Atthalin dans son rapport sur l'affaire du sucre Edulcor. On peut douter, dit-il à la Cour, que le juge du fond possède à cet égard un pouvoir d'appréciation en dehors de votre contrôle.

« L'affirmative a été déduite, à tort, croyons-nous, de
« votre arrêt du 25 janvier 1902, dans lequel vous
« déclarez qu'il appartient au juge du fait d'*examiner*
« si dans les circonstances de la cause la teinture alcoo-
« lique de kola constituait une préparation pharma-
« ceutique, en tenant compte à la fois de sa composi-
« tion et des conditions dans lesquelles elle est débitée ;
« d'*examiner*, avez-vous dit, et non de *décider souverai-*
« *nement*.

« Dans cet arrêt même vous exerciez nettement votre
« contrôle comme suit : Attendu que la Cour d'appel a
« constaté que la teinture alcoolique de kola saisie... est
« préparée pour servir à la fabrication de toni-kola ou
« d'autres boissons avec des doses renfermant fort peu
« de principes actifs et qu'elle n'est pas mise en vente
« pour un emploi curatif ; que dans ces conditions l'ar-
« rêt attaqué a pu légitimement décider que le pro-
« duit saisi n'avait pas le caractère d'une préparation
« pharmaceutique, et qu'en le débitant le prévenu
« n'avait pas contrevenu aux dispositions légales invo-
« quées.

« Le 22 janvier 1876, exerçant de même votre con-

« trôle, vous déclariez que le mélange à une boisson du
« quinquina dont les propriétés sont exclusivement
« médicamenteuses, constitue une préparation pharma-
« ceutique, et qu'en déclarant le contraire la Cour d'Aix
« avait violé tes textes précités.

« Le 27 février 1886 vous décidez, en contrôlant un
« arrêt de la Cour de Chambéry, que la poudre de
« graine de lin ne constitue pas une préparation phar-
« maceutique ».

« C'est ainsi encore que le 18 juin 1896 nous avons
pu décider qu'à bon droit la Cour de Lyon avait, par
des motifs qu'approuve votre arrêt, déclaré que la sac-
charine n'est pas un médicament ».

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée dans son
arrêt sur cette question ; mais il est presque certain que
si elle avait ultérieurement à le faire, elle conclu-
rait dans le même sens que M. le conseiller Laurent-
Atthalin.

D'ailleurs, en l'absence de définition légale du
remède, de criterium sûr, et puisque le juge décide seul
de la qualité à attribuer au produit qui lui est soumis,
il paraît bien conforme aux principes du droit de sou-
mettre son opinion au contrôle de la Cour suprême.

Remèdes secrets

La protection de la santé publique et la crainte du
charlatanisme ne se sont pas seulement traduites au
point de vue législatif par une réglementation spéciale

de la pharmacie. Le législateur est allé jusqu'à interdire totalement la vente et même l'annonce d'un grand nombre de remèdes dits « remèdes secrets » (Loi de germinal, art. 32 (1), 36).

Les remèdes se distinguent en deux catégories : les remèdes magistraux et les remèdes officinaux. Les remèdes magistraux sont ceux que le pharmacien prépare ou débite en vue d'un cas spécial, au moment de la prescription et d'après l'ordonnance du médecin. Les remèdes officinaux sont ceux qu'il tient tout préparés dans son officine.

Parmi ces derniers sont seuls licites ceux qui ont fait l'objet d'un des trois modes de publication suivants :

1° L'insertion au Codex ;

2° La publication par le gouvernement acquéreur d'un secret en conformité du décret du 18 août 1810 ;

3° La publication dans le *Bulletin de l'Académie de médecine* en conformité du décret du 3 mai 1850.

Aucune difficulté ne peut s'élever en principe et il est facile de reconnaître si un remède n'entre pas dans un de ces cas et est par suite un « remède secret ».

Mais la jurisprudence n'a pas cru devoir appliquer le texte à la lettre. Elle a toujours autorisé la vente de remèdes dont la formule s'écarte peu de celle inscrite au Codex. Les tribunaux ont eu alors à examiner si le

1. La loi du 29 pluviôse an XIII appuie cette défense d'une sanction pénale : amende de 25 à 600 francs et en cas de récidive détention de 3 jours au moins et de 40 jours au plus.

remède incriminé était une modification insignifiante ou importante de la formule correspondante du Codex et il y a à ce sujet un très grand nombre de décisions qui ne sont pas toujours d'accord entre elles.

Quant aux remèdes magistraux il semble qu'ils ne peuvent jamais être secrets, puisque l'article 32 dit que « les pharmaciens ne pourront livrer et débiter des « préparations médicinales.... que d'après la prescription qui en sera faite par des docteurs en médecine ».

Le médecin, maître du traitement, l'édicte avec une liberté complète, à l'abri de toute législation exceptionnelle.

Une ordonnance chiffrée, elle-même, intelligible seulement pour le médecin qui la rédige et le pharmacien connu de lui, qui l'exécute ne donne pas lieu, en principe à une vente de remède secret. Tout au plus est-il nécessaire que le médecin connaisse la formule (1).

La jurisprudence s'est montrée plus sévère ; elle établit une distinction.

Si le Codex ou le *Bulletin de l'Académie* contiennent la formule du médicament, le médecin peut se borner dans son ordonnance à indiquer le nom du remède.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire dans le cas où il s'agit d'un médicament nouveau ou d'une composition non publiée conformément aux règles énoncées, le médecin doit préciser la composition dans son ordon-

1. Cf. Bruno-Dubron dans le *Droit médical* du 5 juillet 1905.

nance, et le pharmacien ne peut le délivrer qu'à cette condition (1).

« Un remède secret ne peut être vendu par un pharmacien même sur une ordonnance de médecin, si ce n'est comme remède magistral, c'est-à-dire à la condition que le médecin, dans son ordonnance, énonce les substances qui entrent dans la composition du remède et les proportions dans lesquelles ces substances doivent être employées. Le président de la Société de médecine légale a signalé au nom de cette société l'abus qui consiste de la part des médecins à prescrire des remèdes non formulés au Codex en se bornant par exemple à en désigner l'emploi par le nom de leur auteur » (Dalloz, J. G., v^o *Médecine*, n^o 219 ; *Supplément, eodem*, v^o, n^o 149 ; Trib. Seine, 10^e ch., 3 nov. 1901, *La loi*, 9 janvier 1902).

La jurisprudence s'est toujours montrée inflexible, et, appliquant strictement, rigoureusement les textes, n'a jamais hésité à qualifier de remèdes secrets les produits qui n'avaient pas été soumis à un des modes de publicité exigés par la loi (2). Elle a eu cependant à se prononcer un grand nombre de fois, car on peut dire que le remède secret est la règle et le remède non secret l'exception. Si demain le parquet prenait la

1. Cf. D. P. 1907. 1. 443. Rapport de M. le conseiller Roulier à la Cour de cassation.

2. Cf. notamment : Charleville, 9 mai 1888 (D. P., 1890. 3. 24) ; Cour de Paris, 7 janv. 1898 (*Gaz. Trib.*, 12 mai 1898) ; Trib. Seine, 5 janv. 1901 (*La loi*, 9 janv. 1902) ; Cour de Caen, 7 mars 1907 ; Cour d'Orléans, 19 mars 1907.

décision de faire appliquer la loi, il se verrait contraint de poursuivre tous les pharmaciens de France. Heureusement pour ces derniers il ne se montre pas aussi intransigeant, et lorsque les prévenus lui font observer, cependant, que la loi est la même pour tous, il en est réduit pour sa défense à user de faux fuyants et à déclarer qu'il n'est pas possible de dire que la poursuite ait été intentée arbitrairement, qu'on comprend très bien que le ministère public ne puisse ou bien ne veuille déférer au tribunal les innombrables spécialités pharmaceutiques qui se créent chaque jour, lorsqu'elles sont inoffensives, mais qu'il s'émeuve au contraire lorsque des personnes ou des corps compétents lui en signalent de dangereuses pour la santé publique » (1).

On suppose aussi sans doute qu'après une condamnation, la vente du remède incriminé cesse dans toutes les officines. Point du tout. La violation de la loi ou de la jurisprudence est chose toute naturelle en pharmacie. Un membre de l'Académie de médecine, comme le fait remarquer plaisamment M. Henri Martin, aurait prescrit en 1907 de l'urotropine ou de l'héroïne à un membre de la Cour de cassation — qui venait d'en interdire solennellement la vente, et ce magistrat se serait fait délivrer ces produits par son pharmacien au mépris de l'arrêt qu'il venait de rendre, que personne ne s'en serait étonné ».

« Il semble que ceci soit du domaine de l'opérette et doive se passer dans quelque extravagant duché de

1. Tribunal d'Orléans, 31 octobre 1906.

Gerolstein, et cette situation est lamentable ou comique selon le tempérament de celui qui la considère » (1).

La situation était en effet peut-être seulement comique lorsque la prohibition n'atteignait que des compositions imaginées par les pharmaciens et qui ne possédaient, en général, qu'une minime utilité curative. Elle risque de devenir lamentable si la jurisprudence considère, comme remèdes secrets, les « médicaments nouveaux ». Le vaste développement de la chimie organique, à notre époque, transforme en effet continuellement la thérapeutique. Or tous ces produits chimiques, prescrits par tout le corps médical, n'en sont pas moins des remèdes secrets. Le décret de 1850 n'est jamais appliqué, et le *Bulletin de l'Académie des sciences* ne publie aucune formule.

Ainsi, la Cour de cassation, a-t-elle déclaré tout récemment (8 décembre 1906) que l'urotropine — produit chimique défini — ordonnée sous ce nom par un médecin est un remède secret, car le médecin n'a pas précisé sa constitution. Il aurait dû formuler hexaméthylène-tétramine ou encore $(\text{CH}^3)^6\text{Az}^4 + 6\text{H}^2\text{O}$!

« Nous ne pensons pas, écrit M. Legris, dans une note au Dalloz, qu'il faille souscrire à une argumentation aussi rigoureuse et aussi absolue. Elle barre la route aux progrès de la science médicale et surtout elle repose sur une interprétation, à nos yeux trop étroite, de l'article 32 de la loi de l'an II et des décrets du 18 août 1810 et 3 mai 1850. Une distinction est néces-

1. Henri Martin, *loc. cit.*

saire. En interdisant la vente des remèdes secrets, ces textes ont entendu viser non pas la vente des substances simples des produits chimiques définis, des matières premières mais le débit des médicaments composés, c'est-à-dire de ceux qu'on appelle en langage pharmaceutique des préparations ».

Le médecin a le droit de prescrire sous sa responsabilité toutes les substances qu'il croit utile d'administrer à ses malades. S'il s'agit d'un remède officinal, il le prescrit généralement sous sa dénomination inscrite au Codex. Quand il s'agit d'un remède magistral deux cas peuvent se présenter. Le remède est-il un mélange ? Le médecin doit en indiquer la formule... Le remède est-il une substance simple, un produit chimique défini, constitué pour un seul composant. Le médecin n'est pas astreint à en libeller la formule.

Les partisans de cette théorie font même observer avec plaisir qu'elle n'est pas en contradiction avec la jurisprudence..., car celle-ci — avant l'arrêt de l'urotropine n'avait jamais eu à statuer que sur des préparations. Mieux que cela, il y a une décision du Tribunal de Mirecourt du 9 août 1862 qui semble être de leur avis lorsqu'elle dit : « Attendu... qu'aujourd'hui le sulfate de quinine ne se fabrique plus dans les pharmacies, mais dans les établissements de produits chimiques ou chez les droguistes que cette substance devient par ceux qui en font usage en pharmacie un simple remède magistral... »

Malheureusement, dans la seule espèce qui lui ait été soumise et contrairement d'ailleurs au rapport de M. le

conseiller rapporteur, la Cour de cassation ne s'est pas laissée séduire par ces arguments. Et il faut bien reconnaître que sa décision est conforme aux textes. L'urotropine n'a pas été soumise à l'une des trois formalités de publicité exigées par la loi ; c'est donc bien un remède secret.

En définitive il n'est pas inexact de dire qu'un remède magistral ne peut pas être secret. Mais tous les remèdes qu'un médecin prescrit sur une ordonnance ne sont pas, par cela même, des remèdes magistraux. Il faut « que l'ordonnance énonce les substances qui entrent dans sa composition, et les proportions dans lesquelles elles doivent être employées » (1). Il faut, semble-t-il, que le pharmacien prépare — ou tout au moins puisse préparer — le remède d'après l'ordonnance seule.

Il n'est pas douteux, à plus forte raison, qu'un remède de fantaisie préparé à l'avance par un pharmacien et livré seulement sur ordonnance n'en conserve pas moins les caractères d'un remède secret. Il n'y a pas lieu de distinguer en effet la vente, de la mise en vente (2).

1. Cour d'appel de Caen, 7 mars 1907 (*Bulletin Chambre syndicale de la Seine*, avril 1907).

2. Cf. Paris, 6 mars 1855, *Weil*, p. 218 ; Paris, 4 juillet 1862, *Weil*, p. 219 ; Seine, 16 février 1865, *Gaz. Trib.*, 18 février 1865.

CHAPITRE II

BREVET D'INVENTION

Législation antérieure à 1844

Sous l'ancien régime « loin que les hommes fussent reconnus propriétaires de leur idées, de leurs inventions, de leurs découvertes, on ne leur reconnaissait pas même la propriété de leur travail. C'était un principe consacré par la législation en vigueur que le travail était domanial, qu'il appartenait au roi, que le roi seul avait le droit de concéder le privilège du travail » (1).

L'Assemblée constituante, « entraînée par l'élan formidable avec lequel elle renversait les institutions de l'ancien régime » proclama dans l'article 1^{er} de la loi du 7 janvier 1791 :

« Toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteur ».

Cette formule, absolue, inexacte, et que la loi de 1844

1. Portalis, Chambre des pairs, 24 mars 1843.

devait ramener à ses justes limites, commandait de respecter le secret de l'invention des remèdes dans l'intérêt des inventeurs.

L'intérêt de la santé publique provoquait, quelques années plus tard, la loi de germinal an XI, interdisant la vente des remèdes secrets.

Comment concilier les deux termes de cette contradiction ?

La loi de germinal an XIII tenta de le faire :

La défense d'annoncer et de vendre des médicaments secrets, portée par l'article 36 de la loi du 21 germinal an XI ne concerne pas les préparations et remèdes qui, d'après l'avis des Ecoles ou Sociétés de médecine ou de médecins commis à cette effet depuis ladite loi, ont été ou seront approuvés, et dont la distribution a été ou sera permise par le gouvernement, *quoique leur composition ne soit pas divulguée.*

Il se créa un tel nombre de remèdes charlatanesques que le décret de 1810 dut retirer les permissions accordées, et la formule dut dorénavant être confiée à une commission liée par une sorte de secret professionnel :

« Les inventeurs ou propriétaires remettront, s'ils le jugent convenable, à notre ministre de l'Intérieur, qui ne la communiquera qu'aux commissions dont il sera parlé ci-après, la recette de leurs remèdes ou compositions avec une notice des maladies auxquelles on peut les appliquer et des expériences qui ont déjà été faites ». Ces commissions étaient chargées d'examiner la composition du remède, de reconnaître si son administration peut être dangereuse ou nuisible, si le remède est

bon en soi, s'il a produit et produit encore des effets utiles à l'humanité, quel est le prix qu'il convient de payer pour son secret à l'inventeur du remède reconnu utile.

Le secret était divulgué si le remède était reconnu digne d'acquisition. Deux exemples se sont présentés de ces déclarations de la Faculté de médecine consignant un remède comme valant 24.000 francs à son auteur. Mais alors intervenait la question financière et le ministre s'écriait : « C'est très bien ! mais je n'ai pas de fonds pour acheter un remède secret ». Il cherchait dans son budget, il ne trouvait pas de chapitre pour l'achat de remèdes secrets (1).

La commission devait proportionner le prix offert à l'inventeur du remède nouveau :

- 1° Au mérite de la découverte ;
- 2° Aux avantages qu'on en a obtenus et qu'on peut en espérer pour le soulagement de l'humanité ;
- 3° Aux avantages personnels que l'inventeur en a retirés ou pourrait en attendre encore.

Le troisième élément d'évaluation donna la clef de la solution. En présence d'un remède utile on fermait les yeux. On ne l'autorisait pas, il était toujours légalement prohibé, mais on estimait, semble-t-il, que les bénéfices que retirait l'inventeur de la vente du remède le récompensaient suffisamment du service qu'il rendait à l'humanité.

L'augmentation considérable du nombre des spécia-

1. Cf. Bethmont, Chambre des députés, 11 avril 1844.

lités en quelques années montre suffisamment qu'on ne s'était pas trompé, que la compensation offerte stimulait largement le zèle des inventeurs.

Malheureusement ce régime bâtard et illégal ne permettait de faire aucune distinction entre les remèdes utiles et les produits charlatanesques. Les abus reparurent, plus nombreux et plus graves, qu'avant le décret de 1810, et ils provoquèrent la réaction opérée par la loi de 1844.

Loi du 5 juillet 1844

La loi du 5 juillet 1844 a abrogé toutes les dispositions antérieures en matière de brevets d'invention. L'article 3 est ainsi conçu :

Art. 3. — Ne sont pas susceptibles d'être brevetés :

1^o Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, lesdits objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux sur la matière et notamment au décret du 18 août 1810 relatif aux remèdes secrets.

2^o

Le paragraphe 1^{er} qui nous concerne, souleva de nombreuses objections et fut l'objet d'une longue discussion. Il ne figurait pas dans le projet de loi présenté par le gouvernement à la Chambre des Pairs.

On le trouve pour la première fois dans le projet examiné et réformé par la commission de cette Chambre et celle-ci ne l'adopta elle-même qu'après de longs débats et à une faible majorité.

Cunin Gridaine, ministre de l'Agriculture, le combattait et proposait de conserver l'ancienne procédure « qui avait pour elle l'expérience d'un demi-siècle » et qu'il exposait en ces termes :

« La demande de brevet (pour un produit qui paraît
« être un remède secret) est envoyée au comité consultatif des arts et manufactures qui examine officiellement, si, à sa connaissance, l'invention n'est pas, ou
« dans le domaine public, ou déjà brevetée, ou
« absurde comme le mouvement perpétuel, *ou interdite par les lois.*

« Si l'avis du comité contient des observations elles
« sont communiquées *officieusement* au demandeur qui
« peut renoncer à sa demande avant qu'elle soit expédiée. »

« Si le demandeur persiste, le brevet lui est délivré
« à ses risques et périls après un avertissement qui est
« ainsi conçu : Je dois vous faire observer que le
« décret du 18 août 1810, interdisant formellement la
« vente des remèdes secrets, la délivrance du brevet que
« vous avez demandé ne vous donnerait pas le droit de
« débiter la préparation qui en fait l'objet, si cette préparation rentre dans la catégorie des remèdes spécifiés par le décret précité, et vous vous exposeriez à
« des poursuites dans le cas d'infraction aux dispositions
« de ce décret.

« Toutefois la loi du 25 mai 1791 voulant que les brevets soient expédiés sans examen préalable, mon
« département ne se reconnaît pas le droit de vous refuser celui que vous avez demandé et j'ai l'honneur de

« vous prévenir qu'il vous sera délivré à vos risques et
« périls le..... si avant cette époque vous ne m'avez
« pas fait parvenir votre renonciation.

« Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la loi du
« 21 germinal an II et le décret du 18 août 1810 ne
« défendent que l'annonce ou le débit des remèdes
« secrets, et il y a lieu de distinguer entre la propriété
« d'un remède qui est un fait légitime et l'exploitation
« qui seule constitue l'acte punissable aux yeux de la loi.

« Mais, en principe, un brevet peut être délivré pour
« un remède comme pour une balance, comme pour
« une machine à forer les canons, comme pour une
« presse monétaire, etc... L'usage seul de ce brevet
« peut devenir contraire aux lois, et ce n'est que cet
« usage qui doit être atteint par la loi pénale.

« Au surplus une loi (1) se prépare sur la police de
« la pharmacie ; il faut laisser à cette loi le soin de
« statuer sur les *remèdes secrets*, préparations pharma-
« ceutiques, etc., et il n'y a pas plus à s'en occuper dans
« la loi des brevets que dans tous les autres objets qui
« peuvent, dans certains cas, donner lieu à une exploi-
« tation contraire à la loi. »

Et Gay Lussac ajoutait :

« La commission puise ses principaux arguments
« dans l'article 25 de la loi du 21 germinal an II et
« dans l'article 8 du décret du 18 août 1810.

« Le premier est ainsi conçu :

« Nul autre qu'un pharmacien ne peut préparer,

1. Le projet n'a pas encore été soumis au Parlement.

« vendre ou débiter au détail, aucun médicament. »

« Le second porte :

« Nulle permission ne sera accordée désormais aux
« auteurs d'aucun remède simple ou composé dont ils
« voudraient tenir le composition secrète sauf à procé-
« der comme il est dit ci-dessus. »

« C'est-à-dire que le ministre de l'Intérieur, après
« l'avis d'une première commission prise parmi les pro-
« fesseurs des facultés de médecine et celui d'une
« seconde commission de revision, en cas de réclama-
« tion de la part des inventeurs contre les décisions de
« la première, devait provoquer une décision souve-
« raine, faire un traité avec l'empereur, soumettre ce
« traité à l'homologation du Conseil d'Etat et publier,
« sans délai, le remède secret dont il s'agit.

« J'avoue que, pour ma part, je ne puis comprendre
« l'avantage que la commission a cru pouvoir tirer de
« ces deux articles pour exclure les préparations phar-
« maceutiques du bénéfice de la loi sur les brevets.
« L'objection tirée du premier article « nul autre qu'un
« pharmacien ne peut préparer, vendre ou débiter
« aucun médicament », tombe d'elle-même si l'inven-
« teur est un pharmacien et, s'il ne l'est pas, il pourra
« au moins céder son brevet à quelque pharmacien, ou
« s'associer avec lui pour l'exploiter.

« Quant à l'autre article tiré du décret de l'empereur,
« il n'est nullement applicable aux préparations phar-
« maceutiques susceptibles d'être brevetées ; puisqu'il
« ne peut y avoir délivrance de brevet sans description
« complète des procédés et publicité, tandis que dans

« l'article cité il ne s'agit que de remèdes secrets (1).
« On a dit, il est vrai, qu'un brevet pour des prépara-
« tions pharmaceutiques était un passeport accordé au
« charlatanisme pour répandre ses drogues, tromper
« les acheteurs et compromettre la salubrité publique.

« Je l'admets. Les charlatans sont une plaie de la
« société ; mais ils la trompent avec brevet, sans bre-
« vet, sous toutes les formes, et s'il fallait exclure toutes
« les professions qui fourmillent de charlatans, la loi
« des brevets deviendrait complètement inutile.

« Il n'y a donc aucun motif sérieux d'exclure les pré-
« parations pharmaceutiques du nombre des inventions
« susceptibles d'être brevetées. L'état de choses établi
« par la loi de 91 a été maintenu jusqu'à ce jour à
« l'égard de la pharmacie, et certes le moment de le
« changer serait bien mal choisi, aujourd'hui que cet
« art a fait des progrès immenses. Quel contraste offrait
« notre loi avec celle de 91 ? A cette dernière époque
« les préparations pharmaceutiques n'étaient la plupart
« que des mixtes plus ou moins compliqués, vagues,
« mal définis et la loi des brevets les accepta, leur
« étendit sa protection. En 1843 les préparations phar-
« maceutiques sont des composés nets, bien définis,
« préparés en grand, formant un objet de commerce
« intérieur et d'exportation et nous les prescrivons ?
« La loi que le ministre a apportée dans cette enceinte

1. Gay-Lussac se trompe. Nous avons vu en effet qu'un remède autour duquel on a fait de la publicité et dont la composition est parfaitement connue de tout le monde n'en est pas moins un « remède secret ».

« en respectant cette large et juste protection que la loi
« de 91 accorde à toutes les industries, en sortirait
« moins grande, toute amoindrie. »

M. Persil, après avoir montré la vraie portée du brevet d'invention qui n'est que « l'enregistrement » d'un droit acquis s'élevait enfin contre les craintes que provoquait son usage en matière de pharmacie.

« Dans l'intérêt de la société, si l'invention était
« funeste, illégale, immorale, il vaudrait mieux un
« brevet que s'il n'y en n'avait pas, car s'il n'y en a
« pas, au lieu d'un charlatan, vous en aurez des mil-
« liers ; avec le brevet vous n'en avez qu'un seul et qui
« est connu du public. »

Portalis combattit au contraire, l'ancienne procédure avec une grande vigueur.

« Est-il conforme à la majesté de la loi », s'écriait-il, de
« dire : « Le ministre, quand il verra qu'une demande
« qui lui est adressée concerne un remède prohibé,
« sera forcé d'apposer sa signature au bas d'un brevet,
« à charge par lui, après avoir averti la partie, parce
« qu'il ne faut pas lui tendre un piège, d'écrire au pro-
« cureur du roi, afin de faire déclarer le brevet nul ?
« Cette marche est des plus choquantes. Quoi ! un
« ministre écrira au procureur du roi : Je viens de
« donner un brevet qui constate l'invention d'un
« remède secret prohibé et, en conséquence, je vous
« demande de faire déclarer en justice que ce brevet
« est nul ; de façon que le ministre intervient pour se
« mettre en contradiction vis-à-vis de la justice...
« Je dis que cela est contraire à la dignité de la loi,

« que cela a été le résultat d'une loi qui n'a pu pré-
« voir ce qui arriverait, je le comprends, et je n'en
« accuse personne ; mais quand on fait une loi nouvelle,
« qu'on veuille constituer et rétablir cela dans la loi,
« voilà ce que je ne comprends pas, voilà ce qui me
« détermine à appuyer l'amendement de la commis-
« sion. »

Et le baron Thénard dénonçait alors ces maux que consacrerait une pareille législation :

« Le nombre des remèdes secrets se multiplie et
« donne lieu aux plus graves abus, le charlatanisme le
« plus éhonté les exploite ; il s'attaque surtout aux classes
« pauvres, il triomphe de leur résistance. Quand on
« vient annoncer à un malade qu'on peut le guérir et
« surtout avec ce front qui caractérise le charlatanisme,
« le malade finit souvent par le croire ou du moins par
« se laisser séduire

« Les charlatans dont Paris fourmille, comme
« toutes les provinces, comme le monde entier, s'arme-
« ront de la loi ; ils afficheront leur brevet ; ils publie-
« ront et diront partout : « Mais je suis breveté, mon
« remède est excellent, il est approuvé par l'académie
« de médecine. Prenez-y bien garde, vous contribuerez
« infailliblement à faire des dupes ».

Enfin, Barthe, partant d'un tout autre principe, apportait à la discussion les arguments peut-être les plus convainquants :

« Il y a d'après la loi et d'après le simple bon sens
« incompatibilité entre une composition pharmaceu-

« tique utile à l'humanité et une exploitation exclusive
« au profit d'un seul.

« Avant qu'il en fût ainsi la situation était singulière.
« Ainsi, je suppose qu'un remède nouveau eût été
« utile ; un médecin l'a analysé, il n'a pas le privilège
« de ce remède, mais il le connaît. Il ordonne au
« pharmacien de le composer pour un malade qu'il
« sauve. Eh bien ce médecin serait poursuivi pour
« avoir violé le brevet d'invention, parce que l'inven-
« teur ne se serait pas trouvé là pour le fournir. C'est
« là une chose immorale...

« Mais, dit-on, vous auriez donc refusé un brevet à
« l'inventeur du sulfate de quinine ? Je dirai que celui
« à qui est dû ce résultat ne demanda pas de brevet.

« Les brevets d'invention pour les remèdes ne sont
« pas au service de ces inventions et de ces travaux ;
« c'est pour le charlatanisme qu'ils sont faits ; voilà
« pourquoi il faut les repousser.

« Messieurs, le seul argument vrai, c'est que les
« compositions pharmaceutiques ou spécifiques ne sont
« pas susceptibles d'une exploitation privilégiée. Or,
« comme vous le dites dans l'article 1^{er} que le brevet
« d'invention est une indication pour une exploitation
« privilégiée, vous ne pouvez pas l'appliquer à cette
« nature de composition. »

La Chambre des pairs adopta le projet de la commis-
sion ; et le gouvernement en prit la défense devant la
Chambre des députés. Il fut combattu par Bethmont et
défendu par Bouillaud et enfin adopté dans la séance
du 11 avril 1844.

Les adversaires n'ont pas encore aujourd'hui désarmé, et la discussion est toujours ouverte. Parmi les nombreux auteurs qui s'en sont occupés Bedarride est presque seul à approuver pleinement la prohibition de la loi (1).

Il pense, ainsi que la commission de la Chambre des pairs, qu'une telle mesure est la conséquence nécessaire de la législation antérieure de la loi de germinal et du décret de 1810 et il se demande d'ailleurs de quelle utilité pouvait être le brevet dès que la matière qui en faisait l'objet ne pouvait être ni annoncée ni vendue.

Il répond ensuite au reproche qu'on a fait à l'article 3 d'être injuste par un argument de fait. « La prohibition consacrée, dit-il, a été réclamée non seulement par l'Académie de médecine mais encore par l'Ecole de pharmacie de Paris et par la Commission générale des pharmaciens du département de la Seine ».

Enfin il prétend, semble-t-il, qu'il doit en être ainsi parce qu'il ne peut pas en être autrement ; c'est beaucoup moins une question de droit qu'une question de nécessité.

« Ce qui opposait le plus invincible obstacle à ce
« qu'on monopolisât un remède réellement utile c'était
« la nécessité de l'employer. Fallait-il que le malade,
« qui allait lui devoir son rétablissement le payât au
« prix de l'or, ou dût aller le chercher à cinquante
« lieues de son domicile ? Pouvait-il être que le phar-

1. Dans le même sens, Picard et Olin, n° 126 ; Huard, II, n° 328.

« macien qui pour sauver la vie d'un homme l'avait
« composé ou vendu fût poursuivi et puni comme
« contrefacteur.

« La prohibition de la loi se justifie donc par les
« raisons les plus considérables qui la commandent
« impérieusement.

« D'ailleurs n'eût-elle produit que cet effet d'avoir
« mis un terme à cette anomalie de l'autorité délivrant
« un brevet et enjoignant à son représentant d'en
« demander la nullité et d'en poursuivre l'exploitation
« qu'elle mérite toute approbation. »

Ces arguments ont évidemment une valeur à peu près nulle au point de vue juridique, et assez faible même au point de vue des faits. Ce sont toujours les deux mêmes raisons invoquées par le législateur : 1^o ne pas favoriser le charlatanisme auquel pourraient se livrer les inventeurs brevetés de remèdes sans valeur ou même nuisibles ; 2^o permettre à la société de jouir immédiatement et sans réserve des bienfaits que peut lui rendre la découverte de remèdes vraiment utiles.

Ces raisons ne paraissent pas décisives à un grand nombre d'auteurs, et suffisantes pour justifier cette exception au droit commun. Ils estiment avec MM. Pouillet et Allart que le danger auquel on a voulu parer était déjà en grande partie évité, grâce au décret du 18 août 1810 qui permet d'exercer contre les fabricants de remèdes secrets des poursuites que la délivrance d'un brevet n'aurait pas arrêtée. Si on se trouvait d'ailleurs en face d'un remède vraiment utile, on pouvait lui appliquer les principes de l'expropriation

pour cause d'utilité publique. De la sorte, la société se trouvait tout armée contre les abus du charlatanisme et les découvertes assurément dignes d'intérêt n'étaient pas sans récompenses (1).

Mainié va plus loin, non seulement il s'étonne de voir dépouiller les inventeurs de produits pharmaceutiques, il réclame pour eux un régime de faveur (2).

« Si le droit des inventeurs à la jouissance exclusive du
« fruit de leurs travaux, à la propriété de ce qui n'exis-
« terait pas sans eux, est reconnu d'une manière géné-
« rale, pour quels motifs refuserait-on aux pharmaciens
« et à tous ceux qui se consacrent à l'art de guérir et à
« la fabrication des remèdes ce que la justice com-
« mande d'accorder aux industriels, aux commerçants,
« quels que soient leurs négoes, quels que soient les
« objets de leurs recherches et de leur activité. Ne
« devrait-on pas au contraire assurer une protection
« d'autant plus efficace aux inventeurs de remèdes que
« l'intérêt public le plus précieux, celui de la santé de
« tous, profite plus de leurs efforts ? Il semble que cette
« considération soit irréfutable et l'on conçoit un véri-
« table étonnement lorsqu'on apprend que le souci de
« la santé publique au lieu de conseiller au législateur
« de protéger les inventeurs de produits pharmaceu-
« tiques, lui a inspiré, au contraire, le texte de l'arti-

1. Dans le même sens, Nouguiér, n° 540 ; Blanc, p. 488 ; Rendu et Delorme, n° 456 ; Calmels, n° 75 ; Renouard, nos 79 et 80 ; Mainié, n° 676 ; Coulsin, II, p. 133

2. Mainié, p. 207, t. I.

« cle 3 qui les dépouille du juste privilège que le droit
« commun garantit à tous les inventeurs ».

Le corps pharmaceutique est beaucoup moins exigeant. Il possède un grand nombre de syndicats qui s'occupent très activement des intérêts professionnels. Nous ne croyons pas que jamais l'un d'eux ait formulé le moindre vœu pour provoquer un changement dans la législation sur les brevets. Au contraire un président de la chambre syndicale des pharmaciens de la Seine (1) a publié dans son *Bulletin* un article où après étude approfondie il conclut nettement que : « L'abrogation
« pure et simple de l'article 3 de la loi de 1844 aurait
« les plus graves inconvénients pour les malades et
« pour les pharmaciens ».

« Si le médicament est réellement efficace, dit-il, la
« société doit le mettre aussitôt que possible à la disposition de tous ses malades à commencer par les plus
« pauvres. S'il est dangereux elle est obligée d'en préserver la population. Elle ne peut compter sur la
« disparition spontanée des remèdes charlatanesques ;
« elle n'est que trop faiblement armée pour les combattre et son premier devoir est de ne pas les braver ».

Et si les inventeurs de produits pharmaceutique semblent mis dans un état d'infériorité, il ne faut pas oublier cependant que s'ils perdent le *droit au secret* que possèdent les inventeurs ordinaires, ils gardent sur ceux-ci l'avantage d'exploiter un domaine où le besoin

4. M. Henri Martin.

de nouveauté se montre plus pressant que partout ailleurs.

« Le succès d'un remède est assuré dès lors qu'il est
« vraiment inédit, qu'il constitue une invention alors
« même que son utilité ne serait pas supérieure à celles
« des moyens thérapeutiques déjà connus ».

« Alors que les inventions ordinaires accroissent la somme de bien-être de l'humanité, les inventions médicales et pharmaceutiques ne représentent qu'un effort vers un *état normal* encore fort éloigné. La maladie comme la guerre, comme les calamités publiques, est un fait qui ne devrait pas être et qui trouble les rapports sociaux. En présence d'un fléau, les droits et les devoirs coutumiers de chacun sont profondément modifiés ».

L'argument est présenté sous une forme saisissante, mais il est au fond toujours le même : « nécessité n'a pas de loi ».

La situation est-elle aussi tragique qu'on nous la dépeint ? Nous ne le croyons pas. Nous pensons qu'on pourrait sans grand inconvénient pour la santé publique, supprimer cette dérogation au droit commun injustifiable, il faut bien le dire, en droit.

Est-il en effet à craindre qu'un inventeur, venant à découvrir un remède d'un intérêt capital pour la santé humaine, en fasse un objet de cupidité ? Deux cas sont à considérer : ou bien ce remède serait un mélange de corps connus dans des proportions déterminées, comme c'est le cas pour la plupart des spécialités pharmaceutiques. Dans ce cas il sera bien difficile à l'inventeur de prendre un brevet. En obtiendrait-il un ? La vente de

son produit peut être interdite dès le lendemain puisqu'on se trouve en présence d'un remède secret.

Et d'ailleurs est-ce que actuellement sous l'empire de la loi de 1844, ces médicaments ne constituent pas en fait la propriété privative de leurs inventeurs ou plutôt de leurs possesseurs ? Non en théorie mais oui certainement en pratique. Le pharmacien donne à son produit un nom retentissant, souvent son nom lui-même, le renferme dans des flacons, des boîtes ou des pots de mille formes ingénieuses et séduisantes, y adapte des étiquettes aux couleurs et aux dispositions les plus variées ; il dépose le contenant au greffe du conseil des prud'hommes ou à celui du tribunal de commerce, s'assure le monopole perpétuel de ce qui enveloppe le remède poursuit en contrefaçon ou imitation frauduleuse ou tout au moins en concurrence déloyale le concurrent qui s'est permis d'usurper son nom ou de reproduire sa marque. La condamnation dont la publication est toujours demandée, souvent obtenue, établit dans l'esprit crédule des malades une confusion. Les ignorants, ils sont nombreux, lisent sur les étiquettes la mention si recherchée : « Eviter les contrefaçons ; jugement du tribunal de... en date du... qui condamne un contrefacteur ». On a bien soin de ne pas spécifier que la condamnation ne se rapporte point au remède mais à ce qui l'entoure !

Et l'inventeur n'a pas obtenu de brevet ! Chacun peut fabriquer son remède mais le public n'achètera jamais que le produit lancé par la réclame.

Eh bien il serait préférable que l'inventeur ait obtenu

un brevet. Car dans l'immense majorité des cas on aurait pu demander la nullité du brevet pris pour une invention non sérieuse, tandis qu'on n'a aucun moyen d'action quand il s'agit de propriété de nom ou de marque. Le charlatanisme est mieux protégé par la marque de fabrique qu'il ne le serait par le brevet d'invention. Il ne le serait en tout cas que pendant un temps relativement court au lieu de l'être indéfiniment.

Le seul reproche grave, croyons-nous, qu'on puisse faire au brevet d'invention, tient non pas à ses effets mais à son nom lui-même et il est certain que le public ne se rend pas compte de sa signification véritable, de sa valeur exacte. Il y voit la garantie officielle d'une invention au sens populaire du mot, c'est-à-dire la reconnaissance de vertus exceptionnelles. Nous croyons que presque tous les inconvénients disparaîtraient si on substituait aux mots « brevet d'invention » une des expressions plus simples qui ont été proposées, « certificat d'enregistrement » par exemple.

C'est d'ailleurs ce qui explique les divergences d'opinions des pharmaciens et des hommes de loi. Ces derniers n'envisagent que la vraie portée du brevet sans se laisser impressionner par les termes qui leur sont familiers. Ils ne se rendent pas compte qu'ils ne sont pas compris ainsi du public à qui ils en imposent beaucoup plus qu'ils ne le méritent.

Le remède nouveau peut aussi se présenter sous la forme d'un produit chimique nouveau, comme cela arrive fréquemment (quinine, antipyrine, pyrami-

don, etc.). Ce sont là, d'ailleurs, les seules inventions intéressantes, les seules qui méritent ce nom ; ce sont même les seules, croyons-nous, auxquelles puisse s'appliquer un brevet.

Lorsqu'un savant s'est livré à de nombreuses expériences qui ont nécessité de longs travaux et de grandes dépenses, est-il juste de lui refuser la rémunération de son travail et de ses risques ? Il semble bien au contraire qu'il est impossible d'admettre qu'un fabricant quelconque, récoltant sans avoir semé, puisse immédiatement lui faire concurrence en préparant le produit qu'il a découvert (1).

Dans ce cas, d'ailleurs, la santé publique n'est plus protégée, puisqu'il est permis, nous le verrons, de breveter le procédé de fabrication. Peu importe aux malades que l'objet du brevet soit le remède lui-même ou le moyen de le préparer, dès lors qu'en fait ils se trouvent en face d'un monopole et qu'ils sont obligés de subir les conditions d'un unique fabricant.

Il ne serait pas exact cependant de dire que la brevetabilité du procédé de fabrication équivaut en tous points à la brevetabilité du produit.

Sans doute, il en serait ainsi s'il n'existait qu'un seul procédé de préparation du produit, ou si le fabricant faisant breveter à son profit tous les procédés susceptibles de produire la substance en l'état actuel de la science. S'il n'en est pas ainsi, le champ est ouvert aux

1. Henri Martin, *Journal de pharmacie et de chimie*, 1^{er} février 1909.

inventeurs d'un meilleur procédé. Et les malades ont justement intérêt à ce qu'il s'établisse entre les fabricants une concurrence portant sur le mode de préparation. Cette concurrence, qui sera d'autant plus active qu'elle aura pour stimulant l'obtention de nouveaux brevets, leur procurera des produits plus purs et à meilleur marché.

Il arrive cependant, en fait, que l'inventeur d'un procédé de fabrication possède pendant quinze ans le monopole de la vente du produit.

C'est ce qui s'est produit notamment pour l'antipyrine (1).

En 1884, Meister Lucius, en Allemagne, et la Compagnie parisienne des couleurs d'aniline en France, faisaient breveter, avec l'assentiment du docteur Knorr, inventeur du procédé, « le moyen qui permet d'obtenir d'une façon générale les oxypyrazols ». D'autres brevets étaient pris ensuite pour compléter et perfectionner le premier ; la description jointe à l'un de ces brevets concernait « le procédé qui sert à préparer l'oxypyrazol connu dans le commerce sous le nom d'antipyrine.

1. Pelletier ne demanda pas de brevet pour la quinine. « L'auteur généreux, préférant la gloire à la fortune, n'a pas voulu de brevet d'invention ; mais il a obtenu de l'Académie des sciences le grand prix Monthyon ; elle l'a admis dans son sein comme associé libre ; son nom est inscrit parmi ceux des bienfaiteurs de l'humanité et ceux des officiers de la Légion d'honneur. Il aurait pu, en outre, et il en était digne, recevoir une récompense nationale (Thénard, Chambre des pairs, 26 mars 1843).

Or, dit M^e Pouillet (1), « il est arrivé que, pendant les quinze ans qu'a duré le brevet allemand, personne n'a pu faire l'antipyrine par un autre procédé que celui qui avait été découvert par Knorr et breveté par Meister Lucius » (2).

En principe, cela n'a rien de particulièrement choquant. Aucune protestation ne se serait même élevée si les inventeurs et les premiers fabricants ne les avaient provoquées par leurs agissements.

S'ils s'étaient contentés en effet d'un bénéfice très suffisamment rémunérateur, mais cependant loyal, ils étaient dans une situation presque inattaquable. Les grosses quantités sur lesquelles ils opéraient, la vente forcée que leur assurait la publicité, leur permettaient de produire à un prix très peu élevé et que ne pouvait

1. Plaidoirie contre la Chambre syndicale des pharmaciens de la Seine.

2. Ceci est exact pour tous les pays excepté la Suisse.

« Les Suisses n'ont que depuis peu d'années une législation sur la propriété industrielle, législation qui n'a pu être votée qu'à la suite d'un referendum au peuple.

« Dans ce pays il existe des fabriques de produits chimiques considérables, et je dois dire que la loi n'a été votée qu'à une condition c'est que rien de ce qui touche les produits chimiques ne pourrait être breveté. Lorsqu'il s'agit de produits chimiques et pharmaceutiques, c'est donc en Suisse que le contrefacteur s'établit et que la contrefaçon fleurit.

« C'est donc dans ce pays que l'on fabrique, pour la première fois, de l'antipyrine en 1887 et 1888 et c'est ainsi que l'on offre de l'antipyrine qui est fabriquée en Suisse par le procédé même qui a été breveté en France par la Compagnie parisienne de couleurs d'aniline et en Allemagne par Meister Lucius. Quand ce produit est fabriqué on trouve des personnes pour le recevoir et l'accueillir et le donner au public. »

atteindre le concurrent. Le pharmacien, d'autre part, pour satisfaire sa clientèle, n'aurait pas hésité à faire quelque sacrifice pour se procurer le produit de la marque réputée. Les premiers fabricants auraient joui ainsi d'un monopole de fait presque aussi absolu que celui conféré par un brevet. Ils n'ont pas compris leur intérêt de cette façon et ont voulu réaliser des bénéfices énormes que rien ne justifiait (1).

Ils ont ainsi, eux-mêmes, provoqué la contrefaçon et aussi les protestations de tout le corps pharmaceutique. Celui-ci s'est justement ému d'un pareil abus qui démontrait que le législateur avait raison de redouter la cupidité de l'inventeur et du premier fabricant. Il a engagé une série de procès tendant à faire annuler les marques déposées, et certainement, dans une question aussi délicate en droit, comme nous le verrons, le juge a été impressionné par cette question de fait.

L'écho de ces procès et des procédés qu'ils ont révélés est allé jusqu'au Parlement. Le 18 février 1909, MM. Cruppi, ministre du Commerce, et Briand, ministre de la Justice, ont déposé à la Chambre des députés un projet de loi portant modification de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention.

D'après le projet, l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844 ne subit aucune modification en ce qui a trait aux médicaments.

1. L'antipyrine de Knorr coûtait 250 francs le kilo. Elle est tombée à 50 francs le jour de l'expiration du brevet. Les proportions sont sensiblement les mêmes pour bien d'autres produits.

Relativement à l'interdiction de breveter les médicaments, le projet de loi dit :

« Les articles 1 et 2 de la loi de 1844 n'ont fait l'objet d'aucune critique sérieuse, il n'en est pas de même des dispositions de l'article 3 qui sont au contraire vivement critiquées.

« L'Association des ingénieurs-conseils, l'Association des inventeurs et artistes industriels et d'autres encore sont d'accord pour demander que la loi nouvelle supprime l'interdiction de breveter les produits pharmaceutiques. Les congrès voient dans cette interdiction que beaucoup de lois étrangères se sont appropriées une atteinte portée aux droits de l'inventeur et en ont à plusieurs reprises demandé l'abrogation.

« Certains esprits, au contraire, y voient une protection pour le public contre les inventeurs qui, venant à découvrir un remède d'un intérêt capital pour la santé humaine, en feraient un objet de cupidité, et pour cette raison ils se prononcent énergiquement pour le maintien de l'article.

« Il est permis à coup sûr de penser que l'abrogation du paragraphe 1^{er} de l'article 3 n'aurait aucune répercussion fâcheuse sur la santé publique, surtout si en même temps que les remèdes et compositions pharmaceutiques seraient déclarés brevetables on instituait, pour sauvegarder le droit des inventeurs, dans des cas assurément exceptionnels, une procédure d'expropriation des brevets.

« Néanmoins, il ne faut pas se le dissimuler, la question présente des difficultés réelles et ne manquerait

« pas de donner naissance à de vives discussions ; aussi
« sous peine de retarder des réformes intéressantes sur
« l'utilité desquelles tout le monde est d'accord et peut-
« être même sous peine de les compromettre, il semble
« préférable d'ajourner toute modification sur ce point
« et de maintenir les dispositions actuelles ».

La proposition a été renvoyée à la commission du commerce et de l'industrie.

En résumé, nous pensons, malgré tout, que l'abrogation de l'article 3 de la loi de 1844 n'aurait pas de graves inconvénients pour les malades et pour les pharmaciens.

En ce qui concerne les compositions pharmaceutiques, les spécialités, il y en a très peu, à notre avis, qui soient susceptibles aux termes de l'article 2 de la loi de 1844 d'être brevetées (1). Sans doute tous les fabricants demanderaient des brevets. Mais bien peu poursuivraient les concurrents qui ne respecteraient pas leur privilège. Ils seraient retenus par la perspective de voir déclarer nul leur brevet, perspective qui deviendrait fréquemment une réalité. Si d'ailleurs un remède était digne du brevet, ce qui constituerait une exception, pourquoi ne pas accorder à son inventeur un monopole de quinze années.

En ce qui concerne les substances nouvelles clinique-

1. Art. 2 : Sont considérées comme inventions ou découvertes nouvelles :

1^o L'invention de nouveaux produits industriels ;

2^o L'invention de nouveaux moyens ou l'application nouvelle de moyens connus, pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel.

ment définies, constituant des matières premières employées en pharmacie, nous avons vu que la situation ne serait guère changée par l'attribution, d'ailleurs légitime, d'un brevet.

Dans tous les cas il serait presque indispensable, cependant, de modifier la loi de 1837 et de décider qu'aucune dénomination donnée à un médicament ne pourrait constituer par elle-même une marque de fabrique. Car le monopole temporaire conféré par le brevet se transformerait inévitablement en monopole indéfini comme nous le verrons à propos des marques de fabrique.

Le principe du non-examen préalable est fondamental dans notre législation. Il est déjà consacré par la loi du 25 mai 1791. « Il y a peu d'inconvénients, dit Eude, « à ce que le charlatan se rende lui-même la dupe de « son ineptie ou de sa mauvaise foi ; mais il y en aurait « beaucoup si le véritable inventeur se voyait sans « cesse exposé à être supplanté par l'intrigue et la « collusion » (1).

Le brevet d'invention doit s'accorder, sans examiner si l'idée est bonne ou mauvaise, neuve ou ancienne, utile ou inutile. Il n'est « autre chose qu'un acte qui

1. Rapport de Eude au Conseil des Cinq-Cents dans la séance du 12 fructidor an VI.

constate la déclaration de l'inventeur que l'idée qu'il se propose d'utiliser est à lui seul » (1).

Ce principe est de nouveau consacré par la loi de 1844 qui dit dans l'article 11 :

Art. 11. — « Les brevets dont la demande aura été régulièrement formée seront délivrés, sans examen préalable, aux risques et périls des demandeurs, et sans garantie soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description. »

Ce texte avait été soumis en ces termes identiques par le gouvernement à la Chambre des pairs. Mais celle-ci fut saisie par sa commission d'une autre rédaction ainsi conçue :

« Les brevets dont la demande aura été régulièrement formée seront délivrés, aux risques et périls des demandeurs, sans examen préalable et garantie soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description. »

Cette seconde rédaction ne différait de la première, devenue la rédaction actuelle, que par la transposition des mots « sans examen préalable ». Mais cette transposition avait une portée considérable. Elle rétablissait l'examen préalable pour les cas autres que ceux dont l'article l'écartait expressément (2). Elle le rétablissait

1. Eude précise très exactement la portée du brevet d'invention. Comme on est loin de celle que lui attribue le public sur lequel les mots brevet d'invention produisent un effet si décevant !

2. Couhin, *La propriété industrielle, artistique, littéraire*, t. I, p. 294.

notamment pour les compositions pharmaceutiques déclarées par l'article 3.

Une discussion des plus confuses s'engagea, qui ne dura pas moins de deux séances. Elle aboutit, après plusieurs votes, à l'adoption du projet du gouvernement, affirmant d'une façon absolument générale le principe du non examen préalable.

Cependant l'article 3 ne déroge-t-il pas à ce principe ? En déclarant non susceptibles d'être brevetées les compositions pharmaceutiques, n'accorde-t-il pas à l'autorité administrative la faculté, bien plus, ne lui impose-t-il pas l'obligation d'examiner les objets pour lesquels des brevets sont demandés afin de s'assurer si ces objets rentrent ou ne rentrent pas dans l'une de ces deux catégories ?

Odilon Barrot soutint l'affirmative lors de la discussion de la loi, et de nombreux auteurs se sont rangés depuis à son avis.

La négative résulte cependant clairement de la discussion même qui eut lieu à la Chambre des députés.

M. Desmousseaux de Gevré montra que l'examen qui peut être la conséquence de l'article 3 n'est qu'un simple examen *préjudiciel* complètement distinct de l'examen préalable proscrit par l'article 11. Cet examen porte en effet uniquement sur le point de savoir si le brevet demandé a pour objet une invention qui rentre dans les prohibitions de cet article, tandis que l'examen préalable, écarté par l'article 11, est celui qui porterait sur le mérite ou la nouveauté de l'invention.

Le ministre du Commerce ajouta : « Je ne comprends

pas comment on trouve dans une telle disposition un examen préalable. Demande-t-on en effet un brevet pour remède, on le refuse sans examen, sur le simple titre ; la demande se présente-t-elle sous une dénomination mensongère le brevet est délivré, sans examen également mais l'article 29 (aujourd'hui art. 30) garantit la société » (1).

Et le rapporteur M. Barthélemy achevait la démonstration en ces termes :

Ainsi, de deux choses l'une : ou celui qui veut un brevet pour une composition pharmaceutique la demande ouvertement et il est repoussé sans autre examen par un refus péremptoire ; ou bien il se cache et surprend le brevet sous un faux nom ; mais alors l'article 29 (aujourd'hui art. 30), « déclare que le brevet est entaché d'une nullité radicale et cette nullité est appliquée par les tribunaux de telle sorte que tous les principes sont respectés et la fraude n'a aucun refuge. Il y a donc nécessité de maintenir l'article 3 au lieu de l'absorber dans l'article 29. Si en effet l'article 29 existait seul, on pourrait se servir du brevet obtenu jusqu'à l'annulation qui serait prononcée par les tribunaux. Tandis que si on refuse le brevet, on coupe le mal dans sa racine même ».

1. Art. 30 : Seront nuls et de nul effet les brevets délivrés dans les cas suivants :

1^o ;

2^o Si la découverte, invention ou application n'est pas, aux termes de l'article 3, susceptible d'être brevetée ;

3^o ;

.

Cette discussion tout en démontrant qu'il n'y a pas d'examen préalable proprement dit, mais un simple examen du titre de la demande, indique également la procédure pour le refus du brevet. Ajoutons que d'après une circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'Agriculture et du Commerce le 1^{er} octobre 1844, le préfet doit rappeler aux demandeurs : qu'il ne peut être délivré de brevets pour des compositions pharmaceutiques et remèdes de toute espèce. « Cette explication, bien comprise, portera toujours les inventeurs, je me plais à le croire, à renoncer à une demande qui ne pourrait jamais aboutir qu'à un titre entaché de nullité ; mais si, contre mon attente il en était autrement, votre préfecture ne devrait pas perdre de vue..., que la loi n'a attribué qu'au ministre de l'Agriculture et du Commerce, et non aux préfectures, le droit de refus du brevet ».

Si le brevet demandé n'a pas pour effet apparent un « remède », le ministre à son tour doit délivrer le brevet, et c'est aux tribunaux à en prononcer la nullité.

Mais nous avons vu qu'il était souvent très difficile de discerner si un produit doit être considéré comme un remède. Il peut donc arriver que le ministre refuse la délivrance en prétendant sans raison que le titre indique une composition pharmaceutique ; dans ce cas, l'inventeur a le droit de se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre l'arrêt du ministre.

Un exemple de ce recours s'est présenté à l'occasion d'une demande de brevet pour la fabrication du *chocolat à l'huile de foie de morue*. Le ministre ayant vu

dans cette substance une composition pharmaceutique, refusa la délivrance. L'inventeur se pourvut contre cette décision devant le Conseil d'Etat, qui cassa l'arrêté ministériel et autorisa la demande du brevet (1).

Mais si un inventeur demande un brevet pour un produit qui n'a, d'après sa demande, qu'un but industriel, il n'appartient pas au ministre, pas plus qu'au Conseil d'Etat, qui estimerait que l'étiquette est insuffisante, de rechercher si le produit a des applications thérapeutiques. Cela résulte clairement, comme nous l'avons vu, des travaux préparatoires de la loi de 1844. Le Conseil d'Etat a cependant estimé dans un arrêt qu'il pouvait se livrer à ces recherches.

MM. Lumière, chimistes, demandaient au Conseil d'Etat l'annulation d'un arrêté par lequel le ministre du Commerce et de l'Industrie avait rejeté une demande de brevet d'invention déposée par eux pour « procédés de fabrication de persulfates organiques » (2). Ils indiquaient dans leur demande que ces produits avaient seulement des applications industrielles. Le ministre rejeta cependant la demande et le Conseil d'Etat, sur pourvoi, rendit l'arrêt suivant :

Considérant qu'aux termes de l'article 3 du 5 juillet 1844 les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce ne sont pas susceptibles d'être brevetés ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et notam-

1. Conseil d'Etat, 14 avril 1864, Laville. Cf. ministre de l'Agriculture et du Commerce, Pataille, 64. 433.

2. Une première erreur du Conseil d'Etat consiste à croire que les procédés de fabrication ne sont pas brevetables.

ment de l'avis du Comité consultatif des arts et manufactures que les persulfates organiques dont un procédé de fabrication a fait l'objet de la demande de brevet présenté par les sieurs Leumère constituent essentiellement des compositions pharmaceutiques ;

Que si les requérants ont mentionné le fait que ces produits peuvent être employés dans l'industrie ils n'ont pas précisé les applications industrielles auxquelles ils les destinaient et dont l'application pouvait seule leur permettre d'échapper à la prohibition de l'article 3 de la loi précitée ;

Que dans ces conditions c'est à bon droit que le ministre a rejeté la demande de brevet qu'ils avaient formulée ;

Décide :

La demande est rejetée (1).

Ainsi le Conseil d'Etat estime que le ministre peut s'éclairer comme il l'entend sur le but véritable du produit, ce qui est, croyons-nous, une première erreur. Il semble encore qu'à *contrario* si le demandeur avait spécifié les applications industrielles il aurait délivré le brevet. Il n'avait pas davantage à s'occuper de cette question. Il résulte clairement du texte de l'article 30 et de la circulaire du ministre du 1^{er} octobre 1844 que les brevets doivent être délivrés alors même que la demande ne donne pas l'indication des « applications industrielles » ; c'est aux tribunaux seuls à prononcer la nullité du brevet.

1. Conseil d'Etat, 5 juillet 1901.

Nous estimons que le ministre était tenu dans cette espèce de délivrer le brevet ; son arrêté méconnaît le principe « du non-examen préalable » et la loi elle-même.

Mais que faudrait-il décider au cas où une composition brevetée viendrait après coup à être classée parmi les compositions pharmaceutiques ? « Ainsi, disait « M. Bureau de Puzy, je suppose que le sulfate de « quinine n'étant pas encore connu, un industriel « demande un brevet pour sa fabrication ; ce brevet ne « peut être refusé, puisqu'il ne s'agit pas d'employer « en médecine ce nouveau produit. Le lendemain « de la concession du brevet, un médecin découvre « que le sulfate de quinine guérit les fièvres inter- « mittentes et en prescrit l'emploi à ses malades. A qui « achètera-t-on le sulfate ? Tous les pharmaciens pour- « ront-ils le préparer et retirera-t-on le brevet accordé « dès l'instant que l'on pourra faire usage en médecine « du produit breveté ».

La réponse faite par le rapporteur nous donne la solution de cette question : « Que la Chambre, dit-il, « me permette de lui rappeler le but et la pensée de « l'article qui tend à prévenir la confiance que des per- « sonnes peu éclairées peuvent attacher à un remède « breveté. Or évidemment le danger n'existe que quand « un remède est breveté comme remède, parce que la

« personne brevetée peut se présenter aux gens cré-
« dules comme auteur d'un remède examiné et
« approuvé par le gouvernement, mais toutes les
« fois qu'on n'applique pas à la chose brevetée, la qua-
« lification de remède, le danger disparaît ou du
« moins il est considérablement atténué. »

Le brevet sera donc maintenu. Et cependant, à part l'observation ci-dessus, les raisons qui ont déterminé le refus des brevets persistent dans ce cas comme dans les autres. On a toujours par exemple à redouter la cupidité de l'unique fabricant.

Une situation délicate peut encore se présenter lorsque la demande de brevet s'applique à un produit qui possède à la fois des applications industrielles et des propriétés thérapeutiques. Il en est ainsi actuellement d'un grand nombre de produits : le tannin, dont on utilise en pharmacie la vertu astringente est employé dans la préparation des cuirs, le cyanure de potassium, utilisé pour la pharmacie et la photographie, la phénol-phtaléine du phénol, etc. Supposons qu'on découvre un produit nouveau de cette nature. Devra-t-on dire qu'il n'est pas brevetable parce qu'il constitue un remède ou bien le produit pourra-t-il être breveté comme un produit industriel et non comme produit pharmaceutique ? Nous ne trouvons ici aucune explication dans les travaux préparatoires. Mais la doctrine est à peu près unanime à accorder le brevet sans restriction (1).

1. Cf. Pouillet, n° 73 ; Nouguier, n° 347 ; Renouard, nos 79 et 80 ; Allart, n° 86 ; *Contra*, Bedarride, *Brev. d'inv.*, n° 84.

« De ce qu'une substance possède une vertu médicale, dit M. Nonguier, ce n'est pas une raison pour lui enlever son caractère industriel et pour en rejeter l'exploitation exclusive ».

Sans doute, si l'inventeur a incontestablement le droit d'interdire l'emploi de son produit breveté dans l'industrie, on pourrait dire qu'il ne peut empêcher son emploi comme remède. Le pharmacien poursuivi en contrefaçon pourrait répondre : J'emploie votre produit comme médicament, c'est-à-dire dans un domaine où les brevets sont interdits, vous ne pouvez donc pas dire que je vous contrefais ».

Ce système ouvrirait la porte à une fraude trop facile. Le produit saisi chez un fabricant serait, au dire de celui-ci, toujours destiné à la pharmacie. L'inventeur se verrait désarmé, ainsi vis-à-vis des autres industriels, même sur le terrain où il est protégé par son brevet.

D'ailleurs la loi dans son article 3 est prohibitive et exceptionnelle ; elle doit donc être appliquée dans son sens étroit. Elle interdit de breveter les remèdes, et en présence de son silence, on ne peut étendre son interdiction aux produits de l'industrie sous prétexte qu'ils sont utilisables dans la thérapeutique.

D'autre part, le brevet doit être accordé par le ministre, c'est incontestable. La conséquence nécessaire est que l'inventeur breveté doit être investi d'une protection complète, absolue ; cela est de la nature même du brevet d'invention.

Cependant, les arguments qui ont motivé la prohibition, subsistent dans ce cas, comme ils subsistaient dans

le cas précédent. La spéculation et l'accaparement sont toujours à redouter.

Toutes ces difficultés d'application, ces distinctions quelquefois subtiles, montrent une fois de plus le peu de solidité de la base d'un principe qu'on n'a pas osé pousser jusqu'à ses extrêmes conséquences.

La jurisprudence a eu, à notre connaissance, à s'occuper une seule fois de cette question et encore d'une façon indirecte. L'arrêt du Conseil d'Etat que nous venons de voir dit en effet que les inventeurs « n'ont pas précisé les applications industrielles auxquelles ils les (leurs produits) destinaient et dont l'application pouvait seule leur permettre d'échapper à la prohibition de l'article 3 de la loi précitée ». Si donc, *a contrario*, il avait été démontré au Conseil d'Etat que les produits avaient bien des applications industrielles ils n'auraient pas refusé le brevet. Cela est entendu ; mais quelle aurait été la force exacte de ce brevet ? c'est ce que le Conseil d'Etat ne dit pas.

Nous pensons que la question présente moins d'intérêt en pratique qu'elle ne le paraît. En fait il serait très rare qu'un produit, dès sa naissance, dès le jour où on demande pour lui un brevet, soit utilisé à la fois au point de vue industriel et au point de vue médical. Le chimiste qui fait des travaux sur un corps ou une série de corps, ne travaille pas sans une idée directrice, sans un but. Il prévoit, en général, quelles propriétés pourra posséder le corps qui va apparaître, et il fait des expériences dans un sens déterminé. Ce n'est que plus tard, et souvent par un autre savant, que seront révélées des

propriétés d'un ordre tout différent. C'est ainsi que la phénolphtaléine était connue depuis longtemps dans l'industrie quand on a découvert ses propriétés médicamenteuses. Dans tous ces cas la question de droit ne se pose pas.

Il arrivera rarement aussi, que le corps ait effectivement un double emploi, et dans la plupart des cas, l'inventeur ne lui attribuera des applications industrielles que pour échapper à la prohibition.

Les tribunaux auront donc à examiner les circonstances de l'apparition du produit, les conditions réelles de son emploi, et ils seront amenés rarement à trancher la question de droit telle que nous l'avons posée.

L'article 3 s'applique-t-il non seulement aux remèdes, mais aussi aux moyens de production et de préparation.

Les travaux préparatoires sont encore muets à ce sujet.

L'affirmative a été soutenue par certains auteurs : « La distinction établie par l'article 2, disent-ils, entre les produits et les procédés de fabrication ne semble pas s'appliquer aux procédés ayant pour objet l'obtention d'une composition pharmaceutique. Les pharmaciens doivent en effet pouvoir fabriquer des produits de ce genre par quelque procédé nouveau que ce soit ». Et tous les arguments produits à l'appui de la thèse de la

non brevetabilité des produits ont ici la même valeur.

Cependant on n'a pas poussé jusque-là la portée de l'article 3 et l'opinion contraire a prévalu. La doctrine est aujourd'hui unanime (1). L'article 3, dit-elle, est prohibitif ; on ne peut en étendre le sens. Son texte est précis et ne s'applique qu'aux compositions. Les procédés de fabrication sont « des moyens pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel » prévus et déclarés brevetables par l'article 2.

Sans doute, nous l'avons vu, il peut en résulter pour le premier fabricant un monopole de fait, équivalent en apparence au monopole accordé par un brevet pour le produit. Cependant, outre les différences que nous avons déjà montrées on peut ajouter qu'il est facile de vérifier si le procédé est nouveau et s'il conduit au résultat promis, qui est une substance définie. On n'a plus à constater quelque chose d'aussi incertain que les propriétés curatives. Et alors la société peut, si l'invention le mérite, traiter avec l'inventeur sur des bases solides, en toute sécurité. Les tribunaux ont rendu un grand nombre de décisions entièrement d'accord avec la doctrine (2).

Il semble, toutefois, que le Conseil d'Etat persiste à refuser les brevets pour les procédés de fabrication.

Nous avons déjà vu un arrêt dans ce sens.

Plus récemment, le 30 juillet 1909, sur conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet, le Conseil

1. Cf. Beaume et Dumont, p. 244 ; Martin Saint-Léon, *Validité des brevets*, n° 46 ; Pouillet, *Brevets d'invention*, nos 73 et suiv.

2. *Contra*, arrêt Conseil d'Etat déjà cité.

a estimé qu'il n'y avait aucune distinction à faire entre le remède et le procédé de fabrication et il a refusé un brevet pour un procédé de fabrication de graisse à extraire du corps des bactéries, utilisable, paraît-il, dans la thérapeutique (1).

Cette jurisprudence est, sans doute, la conséquence lointaine d'un principe nouveau dont nous aurons à reparler : c'est qu'il n'est permis par aucun moyen d'éluder la prohibition de la loi de 1844, de s'attribuer indirectement un monopole que la loi refuse.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat, refuse un brevet pour un procédé de fabrication d'un remède. Que sa jurisprudence soit vraie ou fausse il faut bien vivre avec elle. Le moyen est facile. Il suffit de ne pas citer dans la demande les vertus curatives du produit. Le Conseil d'Etat délivre le brevet sans difficulté. Et une fois délivré, ce brevet est acquis ; les tribunaux judiciaires le font respecter.

Il est quelquefois difficile de discerner si l'objet du brevet est un mode de préparation d'un remède ou un remède lui-même. De là quelques petites divergences apparentes de la jurisprudence. Ainsi la Cour de Lyon, (28 juin 1870, Pataille, 70-32), déclare nul un brevet pris pour la moutarde en feuille (sinapisme Rigollot) parce qu'elle a estimé, à tort, croyons-nous, que c'était une composition pharmaceutique. La feuille de papier sur laquelle est fixée la moutarde, n'exerce par elle-même

1. *Bulletin du syndicat des pharmaciens du nord de la France*, 1909, n° 4, p. 278.

aucune action médicale ; elle est simplement destinée à rendre plus commode, plus efficace peut-être l'emploi du remède, avec lequel elle ne devait pas être confondue. La Cour de cassation a fait, suivant nous, une plus juste interprétation de la loi en déclarant brevetables les capsules gélatineuses qui jouent un rôle analogue à celui du papier dans les sinapismes Rigollot. De même on a très justement déclaré brevetable un procédé de désinfection du copahu, qui le rendait plus utile en ce sens que le malade en ressentait moins l'odeur et l'inconvénient.

La prohibition de l'article 33 s'étend-elle aux produits qui rentrent dans l'art vétérinaire ?

Sans doute le mot « remède » comprend, comme nous l'avons vu, les produits vétérinaires, bien que non compris dans le monopole des pharmaciens. Mais les graves motifs donnés à la dérogation au droit commun édictée par l'article 3 n'ont pas la même force quand il ne s'agit plus de la vie humaine et M. Bethmont, lors de la discussion de la loi, proposa un amendement tendant à établir une distinction entre les remèdes destinés aux animaux et ceux préparés pour les hommes.

Il fut combattu par le docteur Bouilland qui s'exprimait ainsi (1) :

1. Chambre des députés, séance du 11 avril 1844.

« On a parlé de l'art vétérinaire et on nous a demandé si on a été jusqu'à proscrire les remèdes et préparations pharmaceutiques pour le traitement des animaux. Sous ce rapport, les animaux ressemblent beaucoup à l'homme et les hommes et les animaux sont égaux devant la pharmacie. Sous le rapport qui nous occupe, il n'existe point, à proprement parler, deux médecines et deux pharmacies. On ne donnera donc pas plus de brevets à ceux qui feraient des inventions pour le traitement des animaux qu'à ceux qui en feraient pour le traitement des hommes ».

L'amendement ayant été repoussé, la solution n'est pas douteuse (1). Qu'elle n'eût pas été d'ailleurs la porte ouverte à la fraude s'il en eût été autrement ! Il n'y a pas, en général, comme le fait remarquer le docteur Bouilland, deux sortes de remèdes, les uns pour les hommes, les autres pour les animaux. Ce sont les doses seules qui diffèrent. Une distinction, en dehors des considérations d'ordre sentimental, était donc impossible.

En dehors d'ailleurs des remèdes proprement dits et tels que nous les avons définis, le droit commun reprend son empire. Tout corps qui ne rentre pas dans la définition peut être breveté. La seule difficulté, quelquefois importante d'ailleurs, à résoudre est celle de savoir si

1. Cf. Cour de Poitiers, 28 décembre 1882, *La loi*, 20 janv. 1883.

Laly

le produit est ou non une « composition pharmaceutique ». Cette question préliminaire une fois tranchée, la solution est inévitable.

Aussi passerons-nous très rapidement en revue les différentes sortes de produits au sujet desquels des doutes se sont élevés autrefois, mais autour desquels il n'y a plus aujourd'hui et il ne peut plus y avoir de discussion.

Les produits alimentaires ne sont pas des remèdes et la prohibition de la loi ne leur est donc pas applicable.

A la Chambre des députés, lors du vote de la loi de 1844, M. Marquis avait proposé d'ajouter dans l'article 3 « les substances alimentaires et les cosmétiques ». Et cela, d'après les explications fort brèves qu'il en donnait, pour atteindre les nombreux produits de ce genre annoncés au public comme autant de panacées. Cet amendement n'ayant pas été appuyé et n'ayant donné lieu à aucune observation ne fut pas mis aux voix. Les substances alimentaires sont cependant aussi nécessaires à l'homme que les substances curatives et il aurait été assez normal de leur appliquer les mêmes règles (1).

La crainte de M. Marquis n'est d'ailleurs guère fondée, car si on présente une substance alimentaire comme possédant des vertus curatives, celle-ci devient un remède et par suite soumise à la prohibition de l'article 3.

1. C'est ce qu'ont fait certaines législations étrangères, par exemple en Autriche la loi du 15 août 1852 ; en Allemagne la loi du 3 mai 1877.

La Cour de cassation a jugé à ce sujet que la combinaison de deux substances alimentaires, du chocolat et du gluten, pouvait faire l'objet d'un brevet valable (Rej., 14 décembre 1855, Pataille, 1856, p. 108). L'arrêt ajoute qu'il n'y a pas de contrefaçon punissable de la part du pharmacien qui utilise la même combinaison en y ajoutant une substance médicamenteuse telle que du sel de Vichy. On a cru voir dans cet arrêt une décision de principe. Il suffit de lire attentivement l'arrêt pour se convaincre du contraire. La Cour de Toulouse, contre la décision de laquelle le pourvoi avait été formé, relevait des différences profondes entre la combinaison brevetée et celle dont faisait usage le pharmacien poursuivi ; de ces différences mises en lumière par une expertise, elle concluait qu'aucune atteinte n'avait été portée aux droits de l'inventeur. La Cour de cassation, se basant sur ces faits que les juges d'appel avait apprécié souverainement, déclarait donc implicitement que leur décision aurait dû être différente si les produits argués de contrefaçon, même employés comme remèdes, avaient été identiques à la combinaison brevetée en tant que *substance alimentaire* (1).

Sont également brevetables, puisqu'ils ne sont pas des remèdes : les cosmétiques, eaux dentifrices, poudres, eaux, savons, et en général tous les articles de parfumerie qui sont utilisés pour la toilette. Il est nécessaire, bien entendu, que ces produits ne contiennent aucune substance médicamenteuse active ; sinon

1. Allart, *De la pharmacie*, p. 129.

ce seraient de véritables remèdes, et l'interdiction de prendre un brevet devrait s'appliquer (1). Il y a là une question de fait qui doit être tranchée par les tribunaux, qui ont un pouvoir d'appréciation souveraine.

Il a été ainsi jugé qu'une eau dentifrice destinée à guérir les gencives d'une affection déterminée était un remède ; mais qu'un mastic dentaire, inefficace pour la guérison de la carie, mais employé seulement comme moyen d'obturer la dent malade, ne rentre pas dans la catégorie des compositions pharmaceutiques visées par l'article 3 (Paris, 6 mai 1857, Pataille, 57. 268).

Il en est de même pour les instruments de chirurgie, qui ne sont évidemment pas des « remèdes » prévus par l'article 3. Le législateur aurait eu cependant les mêmes raisons de leur appliquer l'interdiction qu'il a édictée dans cet article.

Ainsi un appareil orthopédique destiné à redresser les déviations de la taille est susceptible d'être breveté (Cass. Rej., 30 mars 1853, D. P. 53. 1. 198). Il en est de même pour un appareil destiné à faire passer des courants électriques dans un membre malade, par exemple, un tissu électrique destiné à être employé comme moyen de soulagement de douleurs locales (2). Dans ce dernier cas d'ailleurs, le tissu n'est que le moyen d'employer le remède qui est l'électricité.

1. Par exemple : lotion capillaire à base de pilocarpine.

2. Paris, 23 août 1866, Pataille, 67. 337.

CHAPITRE III

DES MARQUES DE FABRIQUE

L'inventeur ou le premier préparateur d'un remède est donc protégé d'une façon presque nulle par la loi de 1844. Il peut seulement dans quelques cas faire breveter un procédé de fabrication.

Il n'est cependant pas entièrement désarmé contre les attaques de la concurrence et la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique lui offre une protection énergique et sûre. Aucune distinction n'a été faite entre les produits pharmaceutiques et les autres, et personne n'a songé à écarter les pharmaciens de la protection de cette loi (1). Ou tout au moins on s'est basé, comme

1. Art 7 : Sont punis d'une amende de 50 à 3.000 francs et d'un emprisonnement de trois mois à trois ans ou de l'une de ces deux peines seulement :

1^o Ceux qui ont contrefait une marque ou fait usage d'une marque contrefaite ;

2^o Ceux qui ont frauduleusement apposé sur leurs produits ou les objets de leur commerce une marque appartenant à autrui ;

3^o Ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs

nous le verrons, sur des raisons particulières aux remèdes, sans doute, mais ne tenant pas à la nature de la marque.

On a quelquefois regretté, il est vrai, que le législateur n'ait pas reproduit, dans la loi de 1857, la prohibition édictée par la loi de 1844. Nous avons déjà montré en effet qu'admettre au bénéfice de la marque l'inventeur ou premier préparateur d'un remède, c'est lui réserver bien souvent le monopole exclusif d'un produit qui doit appartenir au domaine public (1). Les auteurs sont cependant de l'avis du législateur de 1857 et estiment presque tous « que le droit à la marque pour les remèdes et les produits de la pharmacie se justifie par les meilleures raisons ».

« N'y a-t-il pas, dit M. Pouillet (2), parmi les pharmaciens, comme chez tous les autres fabricants, des intelligences et des probités différentes? Tel plus savant ou seulement plus honnête saura mêler et com-

produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.

Art. 8 : Sont punis d'une amende de 50 à 2.000 francs et d'un emprisonnement d'un mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement :

1^o Ceux qui sans contrefaire une marque en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur ou ont fait usage d'une marque frauduleusement imitée ;

2^o Ceux qui ont fait usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit ;

3^o Ceux qui ont sciemment vendus ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque frauduleusement imitée ou portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit.

1. Allart, *loc. cit.*

2. Pouillet, n^o 15.

« biner avec art les ingrédients qu'il emploie, il les
« choisira plus purs, au risque de les payer plus chers,
« il mettra plus de soin à les préparer, il imaginera
« d'ingénieux procédés de fabrication, il mettra en
« œuvre des machines perfectionnées; n'est-il pas juste
« qu'il recueille le bénéfice de sa science, de son talent,
« de son honnêteté ? Et comment le recueillera-t-il s'il
« lui est défendu de marquer ses produits et de les dis-
« tinguer de ceux des autres pharmaciens ? »

Les tribunaux ont toujours d'ailleurs reconnu de la façon la plus formelle aux pharmaciens leur droit incontestable à la protection de la marque. Et M. Pouillet cite un jugement du tribunal de commerce qui fait jurisprudence. Si, comme le dit ce jugement, le droit de préparer des médicaments inscrits au Codex est libre pour tous, « la préparation de ces médicaments peut
« être obtenue à l'aide de méthodes plus ou moins par-
« faites ; là est le champ industriel où chacun peut
« développer son intelligence à son profit. Il s'ensuit le
« droit évident, pour celui qui a perfectionné certain
« produit, d'y attacher son nom qui devient alors une
« propriété commerciale inviolable, ou de le désigner
« par certaines appellations que les concurrents doi-
« vent respecter pour ne pas produire une confusion qui
« pourrait être dommageable ». Trib. comm. Seine, 27 mars 1856, Pataille, 60. 85 (1).

1. Jurisprudence constante : Cass., 8 mai 1868, Pataille, 69. 162 ; Cass., 12 mars 1880, Pataille, 80. 245 ; Seine, 13 juin 1893, Paris, 23 avril 1895, *La loi*, 25 avril 1895 ; Cass. crim., 27 mai 1898 ; *Contra*, Paris, 30 novembre 1876, *Journal trib. com.*, XXVII, 68.

Il est incontestable que les produits pharmaceutiques étant des produits du commerce et de l'industrie, ne sont pas exclus de la protection des marques de fabrique. C'est là un point qui ne peut faire l'ombre d'une discussion.

La marque est, d'après M. Busson, rapporteur de la commission du Corps législatif, le signe de la personnalité du fabricant, du commerçant, imprimée à leurs produits. En langage plus vulgaire, la marque dit au consommateur : « Le produit sur lequel je suis apposée peut se trouver en principe ailleurs, je ne conteste pas qu'il en existe qui aient la même formule, la même composition ; mais celui-ci provient de chez M. X, de la maison Y. Vous pouvez donc être assuré qu'il a été fait avec le plus grand soin, qu'il a été composé de matières de première qualité ».

Quel danger peut exister du fait de l'application d'une marque à un remède ? Aucun, et bien au contraire. Le malade saura qu'en achetant un produit de tel pharmacien connu pour son honorabilité, sa probité et sa science, il peut avoir une confiance absolue. Il paiera plus cher sans doute, mais on ne lésine pas quand il s'agit de la santé et qu'on désire avoir la tranquillité d'esprit.

Bien mieux, nous pensons que les pharmaciens qui, aujourd'hui, s'élèvent avec véhémence contre les spécialités, en ont provoqué par leur faute l'essor considérable. Sans doute, la « spécialité » n'existe pas seulement en pharmacie, mais dans tous les genres de commerce. Cependant, qui n'a pas été saisi d'inquié-

tude en portant une ordonnance médicale chez un pharmacien, ou même en lui demandant une préparation officinale ? Dans la plupart des autres industries, on peut se rendre compte si on reçoit bien le produit qu'on a demandé. En pharmacie, ce contrôle devient impossible, et souvent le pharmacien peut donner ce qu'il veut. La chronique des tribunaux apprend que trop fréquemment, hélas ! ils usent de cette liberté. La chambre syndicale des pharmaciens de la Seine poursuit avec un zèle qui lui fait le plus grand honneur ceux qui montrent une si coupable négligence ou même une mauvaise foi criminelle. Elle comprend aussi que la pharmacie peut périr de cet état de choses, qu'elle risque de tomber dans un discrédit absolu. En effet, le malade, n'ayant aucune confiance en son pharmacien, laissera de côté ses préparations pour se rabattre sur les spécialités. Il sera presque assuré ainsi d'avoir un produit tel qu'il doit être, tel qu'il le désire. Il sait, ou du moins il croit, ce qui est déjà beaucoup en cette matière, que les remèdes de tel fabricant sont préparés avec soin. Lorsqu'on le lui remet il a des signes extérieurs, manifestes, de contrôler l'identité du produit. Il reconnaît une forme distinctive, des emblèmes, des empreintes, des timbres, des cachets, des vignettes, des lettres, des chiffres, etc. Le mystère qui enveloppe le commerce de la pharmacie a disparu pour lui.

Il semble donc que rien ne doive distinguer le régime des marques en matière pharmaceutique du régime de droit commun.

Cela serait exact si les dispositions de cette loi ne se

trouvaient pas en contradiction, au moins en apparence, avec les dispositions d'autres lois sur l'exercice de la pharmacie.

C'est ainsi que nous allons avoir à examiner ce qui se passe pour les marques appliquées à des remèdes secrets et ensuite à étudier comment on peut concilier la protection due à la marque et les droits de l'intérêt public sauvegardés par la loi de 1844. Ces points feront l'objet des deux chapitres suivants :

Marque relative à un remède secret

Nous avons déjà dit que les remèdes secrets constituent l'immense majorité des remèdes employés dans la thérapeutique. Ce fait démontre suffisamment l'importance de cette partie du sujet.

On sait que le dépôt d'une marque n'est soumis à aucun examen préalable. Le greffier est tenu de recevoir le dépôt et de l'enregistrer sans examiner si la marque est même contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. Il ne saurait donc refuser le dépôt d'une marque apposée sur un remède secret.

Mais bien plus, une pareille marque, est parfaitement valable. La loi de 1857 ne contient en effet aucune disposition analogue à celle de 1844 qui déclare nul le brevet d'invention pris pour un objet illicite.

Ce n'est d'ailleurs que la conséquence d'un principe

admis depuis longtemps en France : le principe de *l'indépendance de la marque*.

Ce n'est pas dire que la marque puisse être indépendante du produit en ce sens qu'elle peut constituer une propriété pour tous les produits possibles, du moment où elle a été régulièrement créée et déposée. Bien au contraire il est de principe également que la marque est *spéciale* ; c'est-à-dire qu'elle ne donne lieu à un droit privatif qu'au regard d'une classe déterminée de produits auxquels elle est affectée. Il en résulte qu'une marque peut appartenir très légitimement à plusieurs fabricants et être parfaitement distincte, à la condition qu'ils exploitent des branches d'industries différentes.

Ce qu'on entend par indépendance de la marque c'est « le droit de revendication abstraction faite des lois pouvant régir le produit ou la profession du propriétaire de cette marque » (1).

Ce principe a même reçu deux fois la consécration de la Cour suprême.

Voici les passages essentiels d'un des arrêts relatifs à cette grave question :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2 de la loi du
« 23 juin 1857 une marque de fabrique ou de com-
« merce devient la propriété exclusive de celui qui en
« a déposé deux exemplaires au greffe du tribunal de
« commerce de son domicile.

« Que la propriété ainsi légalement établie ouvre, au

1. Cf. *Dictionnaire* de Maillard de Marafy, v^o Marques de fabrique.

« profit du déposant, un droit de revendication dont
« l'exercice n'est soumis à aucune autre condition préa-
« lable.

« Qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la
« loi que cette propriété qui peut consister soit dans
« un nom sous une forme distinctive, soit dans tout
« autre signe servant à distinguer les produits d'une
« fabrique ou les objets d'un commerce, est absolue
« et entièrement indépendante de l'usage auquel elle
« peut être appliquée ;

« Que si la marque est apposée par son propriétaire
« sur des objets dont le commerce est prohibé ou qui
« ne peuvent être fabriqués ou vendus que par des
« personnes investies d'un privilège, comme par exem-
« ple les substances médicamenteuses, il pourra résul-
« ter s'il y a lieu de cette fabrication ou de cette vente
« illicite, une poursuite pour contravention aux lois
« et règlements, mais qu'on ne sera point en droit
« d'en induire que la marque aura cessé d'être la pro-
« priété du déposant et sera tombée dans le domaine
« public ;

« Que si elle reste alors inerte entre les mains de
« son propriétaire on peut prévoir pourtant des cas
« où, par suite de modifications dans la législation ou
« par d'autres circonstances, notamment par une ces-
« sion entre le propriétaire de la marque et un fabri-
« cant ou vendeur autorisé, son application ne rencon-
« trera plus dans l'avenir les obstacles qui s'opposaient
« d'abord à son usage légal ;

« Attendu enfin que ce qui achève de démontrer que

« la marque est indépendante du produit de l'industrie
« ou de l'objet du commerce, c'est que, à la différence
« de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention,
« la loi du 23 juin 1857 n'a nullement prévu le cas où la
« marque serait destinée à des objets contraires, soit à
« la sûreté publique soit aux bonnes mœurs, soit aux
« lois ;

« Attendu dès lors que l'arrêt attaqué en décidant que
« la question de savoir si les produits Amédée Boyer,
« non pharmacien, applique la marque dont il a fait
« légalement le dépôt, sont un médicament ou un
« remède secret, reste sans intérêt dans la cause et ne
« peut affecter en rien la propriété de cette marque,
« n'a fait qu'une saine et exacte interprétation de la loi
« du 23 juin 1857 et n'a violé aucun des textes invo-
« qués par le pourvoi. »

(Am. Boyer c. Eug. Boyer, 8 mai 1868).

Depuis cette époque la jurisprudence n'a pas changé
et récemment la Chambre criminelle de la Cour de
cassation la confirmait par l'arrêt suivant :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2 de la loi du
« 23 juin 1857 une marque de fabrique ou de commerce
« devient la propriété exclusive de celui qui en a déposé
« deux exemplaires au greffe du tribunal de commerce
« de son domicile ; que cette propriété est absolue et
« indépendante de l'usage auquel elle peut être appli-
« quée ; que si la marque est apposée par son proprié-
« taire sur des préparations pharmaceutiques qui ne
« peuvent être débitées que par des personnes investies
« d'un privilège, il pourra résulter, de cette vente illi-

« cite une poursuite pour contravention aux lois et
« règlements sur la pharmacie, mais que la marque
« n'en restera pas moins la propriété exclusive de celui
« qui l'a déposée » (1).

Il résulte de ce principe que le contrefacteur d'une
marque apposée sur un remède secret tombe sous le
coup de la loi de 1857. La question a été controversée
autrefois. Les prévenus disaient en effet au proprié-
taire de la marque contrefaite : « Nous reconnaissons
que notre produit est une contrefaçon du vôtre. Mais
votre remède est un remède secret, vous n'avez pas le
droit de le vendre. Vous ne pouvez pas légalement vous
plaindre de ce que je vous cause un dommage relatif à
cette vente, puisque cette vente de votre part constitue
elle-même un délit. La justice ne doit pas accueillir
votre demande en vertu de la règle « *Nemo audietur
turpitudinem suam allegans* ».

Ce raisonnement avait même trouvé place dans quel-
ques rares décisions, notamment dans un arrêt de la
Cour d'appel de Paris du 30 novembre 1876 infirmant
un jugement du tribunal de la Seine du 31 décembre
1874 :

La Cour,

En ce qui touche l'appel principal,

« Considérant... que les pilules Morison constituent
« un remède secret ;

1. Dans le même sens : Cass., 12 mars 1880, *Annales*, 80. 245 ;
Rouen, 29 mars 1899, *Annales*, 01. 233 ; Paris, 11 avril 1899,
Annales, 01. 264 ; Béziers, 15 mars 1904, *La loi*, 5 avril 1904.
Cf. aussi Pouillet, *Marques*, n° 128.

.
« Considérant qu'en mettant en vente lesdites pillules
« et en annonçant ladite vente soit par des circulaires,
« soit par des étiquettes apposées sur les boîtes qui les
« contiennent, Evrard et Morison commettent cumula-
« tivement le double délit réprimé par les lois et les
« décrets ci-dessus rappelés (1);

« Considérant qu'un produit pharmaceutique exploité
« à l'état de remède secret et dépouillé de toutes les
« garanties légales, malgré le dépôt d'une marque ou
« étiquette, ne saurait constituer un droit à la protec-
« tion de la loi ni servir de fondement à une action en
« justice contre les tiers pour atteinte à ce droit;

« Considérant qu'il serait contraire à la loi, à la
« morale et à l'ordre public que les intimés puissent
« obtenir des dommages-intérêts à raison de la concur-
« rence, même déloyale, qu'ils auraient subie dans la
« perpétration d'un double délit; que leur action était
« donc non recevable et devait être repoussée, même
« d'office, par les premiers juges » (2).

Cet arrêt aurait été certainement cassé par la Cour de cassation dont l'opinion est d'ailleurs suivie par tous les tribunaux dans un très grand nombre de décisions.

Nous ne citerons qu'un arrêt de la Cour de Grenoble du 20 novembre 1908 :

La Cour,

.

1. La loi de germinal an XI, le décret de 1810 et le décret de 1850.

2. *Gazette des tribunaux*, 4 janvier 1877; de même Trib. Lille, 15 juillet 1904, *Annales*, 1905, p. 129.

« Attendu, il est vrai que, sous cette marque (Pilules
« Pink) la Société Fulford fait exposer en vente un pro-
« duit pharmaceutique que les prévenus affirment être
« un remède secret dont la vente est prohibée en
« France ; qu'Alezard et Ribord en déduisent que le
« caractère illicite du produit a emporté la nullité de la
« marque sous laquelle il est vendu ;

« Mais attendu qu'à la différence de la loi de 1844
« qui prohibe les brevets pris pour des objets contraires
« à la sûreté publique et aux bonnes mœurs, la loi du
« 23 juin 1857 ne frappe d'aucune déchéance la marque
« prise dans de pareilles conditions ; que, sans doute
« la vente illicite du produit pourra motiver une pour-
« suite mais n'aura nullement pour effet de déposséder
« le déposant de la propriété de sa marque, cette pro-
« priété constituant un droit absolu indépendant de
« l'usage qui peut en être fait ;

« Attendu que ces principes s'appliquent tout particu-
« lièrement à la marque apposée sur un remède secret ;
« que le vendeur de ce remède secret, même au cas de
« poursuites pour infraction à la loi du 21 germinal
« an XI n'en demeure pas moins propriétaire de la mar-
« que elle-même, qui ne doit pas être confondue avec
« l'objet sur lequel elle est appliquée... ;

« Attendu que la distinction entre la marque elle-
« même et le produit qui en est revêtu a toujours été
« admise en droit français par la doctrine et la jurispru-
« dence ; que ce principe a même été, en droit interna-
« tional, expressément consacré par l'article 7 de la
« convention du 30 mars 1883 ;

« Attendu dès lors qu'il importe peu que le produit
« vendu sous la marque « Pillules Pink pour personnes
« pâles », constitue ou non un remède secret ;

« Attendu que des motifs qui précèdent il résulte que
« la Société Fulford et C^{ie}, propriétaire d'une marque
« de fabrique dont l'existence est indépendante du pro-
« duit auquel elle s'applique, est recevable à exercer
« toutes actions, en vue d'assurer la répression des
« atteintes portées à son droit de propriété.

.
.

Par ces motifs, condamne... »

Dans la même affaire, antérieurement à cet arrêt, le
tribunal de Dijon avait été amené à donner son avis. Il
l'avait fait dans les mêmes termes que la Cour de Gré-
noble, mais il est intéressant de noter une partie des
considérants.

« Attendu...

.

« Sur la demande tendant à l'allocation de domma-
« ges-intérêts ;

.

« Que si la protection de la loi est due à la propriété
« de la marque elle doit être refusée au commerce
« illicite ;

« Qu'ainsi l'action de Fulford en dommages-intérêts
« et en insertion du jugement dans plusieurs journaux,
« ne peut être accueillie que dans la mesure nécessaire
« pour assurer la réparation du préjudice causé par
« l'imitation frauduleuse de la marque du demandeur

« dont l'élément essentiel et caractéristique, le mot
« Pink, a été usurpé ;

« Que le tribunal trouve dans la cause les éléments
« nécessaires pour apprécier ce préjudice sans qu'il y
« ait lieu de recourir à une expertise dont le but serait
« d'évaluer les bénéfices illicites dont Fulford a été
« privé. »

Ces lignes paraissent en effet l'expression du bon sens. Et cependant que représente ce préjudice causé par la contrefaçon si ce n'est le préjudice causé par la diminution de la vente du produit contrefait ? Il y a là en tout cas, croyons-nous, une bien grande subtilité, qui paraît avoir été abandonnée par la Cour puisqu'elle a porté de cinq cents à deux mille francs le chiffre des réparations civiles.

Pour que l'action soit recevable il faut toutefois qu'elle soit basée sur une contrefaçon de la *marque*, et non sur la contrefaçon du *produit* protégé par la marque. Cette distinction ne présente aucun intérêt quand il s'agit d'un produit industriel quelconque, puisque l'atteinte à l'exploitation du produit et l'atteinte à l'exploitation de la marque sont également interdites. Elle devient capitale lorsqu'il s'agit de remèdes secrets (1). Elle entraîne en effet la recevabilité ou la non-recevabilité de l'action.

C'est ainsi que le Tribunal de commerce de la Seine vient de juger que si l'action en concurrence déloyale

1. Cf. Crinon, *Annales de jurisprudence pharmaceutique*, p. 47.

est basée non sur les marques, mais sur l'exploitation du produit lui-même, elle est non-recevable quand ce produit est un remède secret.

.
« Attendu que si la marque est indépendante du pro-
« duit qu'elle recouvre il ressort des débats et des
« documents fournis que l'instance en concurrence
« déloyale sur la confusion est basée non sur les mar-
« ques dont M... et C... se prétendent propriétaires,
« mais sur l'exploitation du produit lui-même, puisque
« les faits reprochés à C... tendraient au lancement
« dans le public d'un produit similaire ;

.
« Qu'ils ne sauraient donc baser une action en concur-
« rence déloyale sur la vente dudit produit à raison de
« son caractère illicite ;

« Que leur demande est donc non recevable (1).

.
Le produit n'est pas protégé, non seulement son caractère illicite rend toute action le concernant irrecevable, mais il est pour ainsi dire dans le domaine public. Aucun brevet, d'ailleurs, ne peut être pris pour lui. Ces deux raisons amènent à un résultat identique : c'est que la contrefaçon d'un remède secret n'existe pas. Tout pharmacien peut impunément composer dans son officine un remède possédant la même formule qu'un remède recouvert d'une marque de fabrique. Mais il semble qu'il puisse aller plus loin et vendre le

1. Trib. comm. Seine, 26 mai 1909 (Crinon, *loc. cit.*).

remède qu'il a ainsi préparé, en annonçant qu'il a la même composition que tel remède connu. En ce faisant il ne porte pas atteinte à la marque. Il ne cherche à créer aucune confusion entre les deux produits. L'acheteur ne peut être trompé sur l'origine de celui qu'on lui livre, et c'est en ce certificat d'origine que consiste toute la protection de la marque.

Le Tribunal civil de la Seine vient de donner son approbation à cette thèse dans une espèce à peu près identique.

Un pharmacien avait rédigé un *Formulaire des principales spécialités de parfumerie et de pharmacie* qu'il qualifiait également de : *Recueil des principales formules de spécialités françaises et anglaises utiles, très faciles à exécuter et introuvables partout ailleurs.*

Il avertissait le lecteur qu'il avait cherché par l'analyse à se rapprocher le plus possible des formules originales de façon à obtenir des préparations analogues aux produits spécialisés.

Dans la poursuite en usurpation de marque que lui intenta le propriétaire d'une des spécialités, le tribunal débouta ce dernier par les attendus suivants :

.
« Attendu que la loi de 1857 a eu pour objet d'em-
« pêcher par tous les moyens possibles l'usurpation
« sous quelque forme que ce soit d'une marque de
« fabrique ou de commerce et de la possibilité d'une
« confusion dans la vente des produits ;

« Attendu que le défendeur ne soulève à cet égard
« aucune contestation mais qu'il objecte à juste titre

« qu'on ne saurait lui faire grief des substitutions aux-
« quelles pourraient éventuellement se prêter certains
« pharmaciens et que le débat engagé contre lui ne
« comporte aucune action en imitation de la marque ni
« touchant à la propriété des remèdes tels qu'ils sont
« présentés, puisque sa publication, loin de chercher à
« amener la moindre confusion dans la pensée des
« acheteurs, proclame que les produits fabriqués
« d'après ses formules, tout en ayant une composition
« analogue à celle des spécialités, n'ont pas la même
« origine ;

« Attendu que se plaçant alors sur le terrain de l'arti-
« cle 1382 du Code civil auquel se réfère implicitement
« l'assignation C..., se dit fondé, les spécialités consti-
« tuant des remèdes secrets, à donner des formules
« analogues sans qu'on puisse le prendre à partie pour
« avoir usé d'un droit qui lui appartient.

.
« Attendu que, dans l'espèce, C... n'a ni dénigré la
« spécialité du demandeur, ni même cherché à la
« déprécier par voie de simple comparaison ;

« Qu'il n'a pas en effet annoncé que les médicaments
« préparés d'après ses formules seraient préférables
« aux remèdes pour lesquels il y avait eu des dépôts de
« marque ;

« Qu'en s'en tenant à ce que la spécialité n'est pas
« pour le consommateur une matière de première
« nécessité, et qu'il lui est toujours loisible de se pro-
« curer un produit analogue, il a, usant d'un droit légi-
« time, et sans qu'il puisse encourir le reproche de con-

« currence déloyale, donné aux pharmaciens, les
« moyens de préparer des remèdes susceptibles de rem-
« placer des spécialités ;

« Que si, par le fait de cette publication, le demandeur
« a pu subir une diminution de bénéfices, il ne peut
« faire de cette diminution la base d'une action judi-
« ciaire, puisque non seulement sa marque a été respec-
« tée, mais qu'il n'a été rien dit qui puisse faire sus-
« pecter la qualité des matières premières employées à
« sa confection ou nuire sous une forme quelconque à
« la réputation qui a pu s'attacher à cette spécialité ;

« Attendu, il est vrai, que T... fait plaider que la for-
« mule de l'ouvrage de C... serait différente de celle de
« son produit, mais qu'en fût-il ainsi, s'agissant de
« remède secret préparé et vendu en violation des
« lois spéciales sur la pharmacie, toute action doit lui
« être refusée ;

« Attendu qu'il y a donc lieu de rejeter la demande. »

Ce jugement a été frappé d'appel, et la Cour n'a pas encore été amenée à statuer. Nous croyons, cependant, que le raisonnement du tribunal est en conformité absolue avec la loi sur les marques de fabrique. Il accorde à la marque sa valeur propre, stricte et distingue clairement ses effets de ceux que pourraient avoir un brevet d'invention sur le contenu et nous croyons qu'il interviendra un arrêt confirmatif qui fixera une jurisprudence encore naissante (1).

1. Signalons en passant une autre conséquence, bien établie celle-là, de la théorie de l'indépendance de la marque.

Alors qu'un non pharmacien ne peut mettre en vente ni vendre un

De la dénomination constituant une marque de fabrique

La loi de 1857 considère comme marque de fabrique, et protège les « noms sous une forme distinctive » et les « dénominations ».

« Le nom s'entend de l'appellation patronymique du fabricant ou du commerçant et la dénomination de toute autre appellation étrangère à la personne du fabricant ou du commerçant » (1).

C'est ce qu'on appelle la « marque verbale », indépendante de toute espèce d'emblème et de signes accessoires. Elle est employée très fréquemment en matière de spécialités pharmaceutiques.

Le nom constitue la marque des produits tels que la cascarine Leprince, le sirop Rami, les pastilles Valda, la piperazine Midy, l'aspirine granulée Vicario, le créosol Dubois.

La dénomination est la marque de la santhéose, la neurosine, le purgyl, l'hémozol...

Ce sont là des marques indiscutablement valables,

remède, il peut légitimement être propriétaire d'une marque concernant ce remède.

Jurisprudence constante : Cf. Cass., 8 mai 1868, Sirey, 69. 1. 187 ; D. P., 68. 1. 507 ; Cass., 12 mars 1880, *Annales de propriété industrielle*, 1880, p. 245 ; Fuzier-Hermann, *Rép.*, v^o Contrefaçon, p. 836 ; Cass., 27 mai 1898, *Gaz. trib.*, 9 sept. 1898. Voir surtout Cass. civ., 6 juillet 1909, *La loi* du 14 août 1909.

1. Guy, *Nouvelle jurisprudence des spécialités pharmaceutiques*, Saumur, 1905.

protégées par la loi de 1857 et les premières également par la loi de 1824.

Il est nécessaire cependant que la dénomination soit arbitraire et de fantaisie.

De même qu'on ne peut pas prendre comme marque la couleur ou la forme naturelle d'un produit, de même on ne saurait revendiquer aucun droit privatif sur la dénomination habituelle et nécessaire d'un objet quelconque. Ainsi, par exemple, un pharmacien ne pourrait choisir comme marque les mots : sirop antiscorbutique, benzine parfumée (Trib. com. Seine, 6 août 1858, *Annales*, 58.400) ; boules au réglisse (Trib. com. Seine, 4 mai 1867, *Teulet*, 16.500) ; huile de gabian (Paris, 20 juin 1881, *Annales*, 81.297).

« La dénomination, dit Pouillet (1), en elle-même est
« incontestablement une marque de fabrique ; mais la
« loi ajoute avec beaucoup de raison que « sont consi-
« dérés comme marques les signes qui *servent à dis-*
« *tinguer* les produits d'une fabrique ou les objets d'un
« commerce ». Par conséquent une dénomination ne
« sera véritablement une marque de fabrique qu'à
« une condition, c'est qu'elle *distingue* réellement
« qu'elle soit un signe *distinctif*. Si par exemple vous
« inventez une nouvelle chaussure et que vous appe-
« liez cet objet *chaussure*, il est manifeste que ce mot
« ne pourra jamais être approprié par quelqu'un ni
« monopolisé. Par conséquent le bon sens, la doctrine
« et la jurisprudence ont été bien vite d'accord pour

1. Pouillet, Plaidoirie dans l'affaire de l'antipyrine.

« reconnaître qu'il fallait distinguer deux sortes de
« dénominations : la dénomination qui est arbitraire et
« fantaisiste, et la dénomination qui a pu à l'origine,
« être appliquée au produit et qui par un long usage
« est devenue usuelle.

« Donc dénomination *arbitraire ou fantaisiste* et déno-
« mination *nécessaire ou vulgaire*, voilà les deux ter-
« mes des dénominations qui, l'une peut servir de mar-
« que de fabrique et l'autre ne peut pas servir. »

Il est quelquefois assez délicat de distinguer d'ailleurs si la dénomination d'un objet est réellement arbitraire et susceptible d'appropriation. Les tribunaux doivent étudier l'étymologie du mot, et chercher s'il en existe d'autres d'un usage plus courant et plus commode, pour désigner le même produit. « Ils doivent apporter la plus grande circonspection et ne pas en concéder trop facilement l'usage exclusif; ils doivent être portés à en permettre à tous l'usage (1).

Cependant ils sont assez enclins à admettre la validité de la marque.

Ainsi il a été jugé que pour désigner une teinture en noir le mot *mélainocome* était un mot de pure fantaisie; cependant si on se reporte à l'étymologie cela indique bien une chose en noir ou pour faire le noir.

De même pour la dénomination *siccatif brillant*, pour indiquer la propriété d'un siccatif; de même pour « *gazogène* », « *lampe-phare* », « *prunellière* » dénomi-

1. Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 56.

nation servant à indiquer une liqueur faite avec de la prunelle.

Supposons alors — ce qui arrive — un produit qui a été créé et baptisé le jour de sa naissance. « Il est évident, dit M. Allart, que ce nouveau-né va entrer dans « le monde avec le nom qu'on lui a donné, qu'il va être « connu sous ce nom et que par conséquent il sera « absolument impossible de le débiter, de le vendre, « sans lui donner le nom sous lequel il est comme d'une « façon universelle ».

On arrivera à l'origine à le confondre si bien avec le nom qu'on lui donne que la distinction ne sera plus possible dans l'usage connu et habituel ; que seul un industriel pourra le fabriquer parce qu'il ne sera connu généralement et employé que sous le nom qu'on lui a donné.

Le propriétaire d'une marque de fabrique ainsi prise, si le nom a été déposé, aura une protection beaucoup plus énergique et beaucoup plus efficace que celle que lui aurait donné un brevet, car la protection du brevet est temporaire et ne dure que quinze ans tandis que la propriété de la marque de fabrique est perpétuelle ; il va, en définitive, avoir sur le produit lui-même une garantie absolue, un monopole entier.

Lorsqu'il s'agit d'un produit ordinaire ce résultat n'a rien de particulièrement choquant. Personne n'est tenu de l'acheter et ce n'est jamais un produit de première nécessité. D'ailleurs un brevet aurait abouti pratiquement à des conséquences identiques.

Il n'en est pas de même en matière de pharmacie,

D'abord c'est dans son domaine, qui est aussi celui de la chimie, qu'un produit peut être plus facilement créé de toutes pièces. Tous les jours les savants mettent au jour un corps totalement ignoré la veille. D'autre part nous avons vu les inconvénients qui résultent de l'accaparement d'un médicament nouveau. La législation a voulu y obvier en interdisant les brevets par l'article 3 de la loi de 1844.

Cet article ne va-t-il pas être lettre morte ? Et les inventeurs, à qui on refuse la protection d'un brevet ne vont-ils pas en trouver une plus efficace dans la loi de 1857, protection que ne prévoyait pas le législateur.

Examinons de plus près ce qui se passe.

Lorsqu'un fabricant prend un médicament qui est déjà connu dans la science, qui est déjà employé, et qu'il veut lui donner sa marque personnelle de fabrication, pour indiquer que ce médicament connu d'ailleurs sous son nom de baptême, est mieux préparé par lui que par tout autre, et qu'il donne alors à ce médicament un nom de fantaisie, qui indique simplement au consommateur que le médicament est de telle fabrication, qu'il est fait avec plus de soins, avec des matières premières de meilleure qualité, il ne peut y avoir aucune tentative d'accaparement, cela n'est pas douteux.

Prenons, par exemple, le glycérophosphate de chaux. C'est un remède bien connu, et employé sous ce nom depuis longtemps. Depuis sa création, des pharmaciens ont imaginé de le présenter au public, comme étant fabriqué dans de meilleures conditions. Alors pour distinguer l'origine de ce produit, ils l'ont recouvert d'une

marque, ils lui ont donné un nom de fantaisie. C'est ainsi qu'existent les spécialités : la neurosine, le phosphate Vital, la biozine. Ce sont bien des marques de fabrique valables, et personne n'a jamais songé à en discuter la validité. Le remède, en dehors d'elles, existe toujours dans le commerce, il est toujours prescrit par les médecins, délivré par les pharmaciens, et même demandé par les malades sous son premier nom : glycérophosphate de chaux.

Mais supposons au contraire que le nom de fabrication ait été donné à l'origine même du médicament.

Lorsque c'est le nom du fabricant lui-même il n'y a pas de difficulté. Si par exemple l'inventeur du salicylate de phénol, le docteur Sahli avait concédé à un industriel la marque « salicylate de phénol Sahli », cette marque eut été absolument valable.

Dans ce cas en effet, comme dans le précédent, la marque n'a qu'un but, qui est celui et celui seul de la marque, d'indiquer d'une façon précise l'origine du produit et de faire que le client qui attache de l'importance à cette origine, demande la marque qui lui a été recommandée.

La question devient plus délicate lorsque l'inventeur fait connaître le remède nouveau sous un nom qu'il prétend être de fantaisie.

Le chimiste, qui vient de découvrir un corps nouveau, pense-t-il qu'il puisse avoir des propriétés thérapeutiques ? Il lui donne aussitôt un nom, plus ou moins fantaisiste, en tout cas relativement simple, sonore, caractéristique et qu'il dépose comme marque. Il publie

le résultat de ses recherches en employant toujours cette dénomination. Il fait expérimenter le produit par des médecins. Ceux-ci publient également les résultats dans les journaux techniques, sous le nom qu'on leur a indiqué. Voilà un remède qui a un seul nom, et ce nom n'est pas dans le domaine public, il est la propriété de l'inventeur.

Mais, répondra-t-on, il y a le nom scientifique qui ne peut faire l'objet de propriété privée et qui peut toujours être utilisé. Sans doute, mais ce nom n'est connu ni des médecins, qui sont rarement chimistes, ni surtout des malades, qui ne l'ont jamais vu, ne savent pas ce que c'est et à qui il sera à peu près impossible de faire entendre que les deux noms désignent le même produit. D'autre part, les noms scientifiques sont généralement inutilisables à cause de leur longueur et de leur difficulté de prononciation. Ils sont même en général d'un aspect si rébarbatif, qu'il serait impossible de les retenir et que la vulgarisation du produit sous ce nom serait impossible.

Qui se sentira capable de retenir par exemple le mot *chlorhydrate de diéthylglycol-para-amido-ortho-oxybenzolméthyléthane*, qui est le nom scientifique de la *nirvanine*.

Et ce mot n'est pas une exception, ce n'est pas un monstre exhibé pour les besoins de la cause, c'est au contraire un mot pris au hasard dans la chimie organique.

Bien plus, d'autres raisons s'opposent à ce que de semblables dénominations puissent être l'appellation

ordinaire, usuelle d'un produit. C'est qu'un chimiste est rarement sûr de la constitution exacte d'un corps. Il forge un nom d'après celle qui lui paraît vraie, et il s'aperçoit plus tard qu'il s'était trompé. Il doit alors la modifier. C'est ce qui s'est passé notamment pour l'antypirine qui a été d'abord la *diméthylloxyquinizine* et plus tard la *diméthylphénylpyrazolone*.

Donc, un seul nom existera pour le produit nouveau, le nom donné par son inventeur.

Mais alors cet inventeur qui se voyait refuser la protection de la loi de 1844, jouit cependant, grâce à sa marque, d'un monopole absolu de fabrication et de vente. Il est arrivé d'une façon détournée à faire ce que la loi lui défendait de faire directement.

C'est ce que la jurisprudence n'a pas voulu permettre et elle a posé en principe « qu'il ne saurait être permis « d'éluder par un moyen détourné, en s'abritant sous la « protection dont la loi entoure les marques de fabri- « que, la prescription d'intérêt général édictée par l'ar- « ticle 3 de la loi de 1844 ».

Déjà en 1857 la Cour de Paris rendait un arrêt, concernant le « Papier épispastique » dans lequel on peut remarquer le passage suivant :

« Considérant que si par une conséquence de la loi « déniait tout brevet pour l'invention et le perfection- « nement des compositions pharmaceutiques, Charpen- « tier et Cie dans l'annonce et le débit du produit phar- « maceutique livré antérieurement au commerce par « Albespeyres sous la dénomination de Papier épispas- « tique, ont pu se servir de cette dénomination, l'ad-

« jonction du nom d'Abespeyres n'était pas nécessaire
« à l'exercice de ce droit » (12 janvier 1857).

Ainsi Albespeyres ayant inventé un remède et l'ayant nommé papier épispastique, la Cour a décidé que les autres pharmaciens avaient le droit, en raison du principe inscrit dans la loi de 1844, de prendre eux-mêmes ce nom de papier épispastique. Etaient seuls coupables ceux qui faisaient usage du nom d'Albespeyres pour établir une confusion entre les fabricants.

C'est l'idée qui se retrouve dans l'arrêt suivant de la Cour de Paris de 1860 :

« Considérant que si la loi refuse tout brevet pour
« l'invention ou le perfectionnement des compositions
« pharmaceutiques, les modifications apportées aux
« formules du Codex dans ces compositions ne confè-
« rent donc pas aux auteurs de ces produits le droit
« exclusif de les débiter ; que leur réserver la pro-
« priété des dénominations sous lesquelles il les ont
« signalés dans le commerce, ce serait leur accorder
« indirectement pour le débit le droit privatif que la loi
« leur dénie. »

Comme on s'était pourvu en cassation contre cet arrêt, la Cour a rejeté le pourvoi :

« Attendu que le droit appartenant à tout pharma-
« cien, de fabriquer et d'exploiter un médicament qui
« est dans le domaine commun de la pharmacie,
« emporte avec lui la faculté de l'annoncer et de le
« débiter sous les dénominations qui sont devenues
« dans l'usage la dénomination de ce médicament à la
« charge seulement de ne point employer cette désigna-

« tion de manière à induire le public en erreur sur la
« provenance des produits et de ne point en faire ainsi
« un moyen de concurrence déloyale contre un autre
« fabricant. »

Cet arrêt est très important car il est contemporain de la loi de 1857. Il démontre, qu'à cette époque même, il était bien entendu que la protection accordée aux marques de fabrique par la nouvelle loi, ne pourrait pas faire échec au principe contenu dans l'article 3 de la loi de 1844.

Pendant ces dernières années, les progrès de la chimie organique ont amené la découverte de nombreux corps définis et les tribunaux ont eu à rendre un grand nombre de décisions.

Une première espèce fut soumise au tribunal civil de la Seine en 1895.

Il s'agissait d'un produit composé de chloral et de glucose et qui avait été créé et baptisé le même jour du nom de *chloralose*.

Le tribunal admit « que cette dénomination est arbitraire et de pure fantaisie ; qu'elle ne constitue point, en effet, une expression générique nécessaire pour faire comprendre la nature de la chose désignée ».

Mais la Cour infirma le jugement par l'arrêt suivant :

« Considérant que la découverte d'un remède nouveau ne peut donner lieu à une exploitation exclusive,
« garantie par un brevet d'invention ; qu'il n'est pas
« permis d'éluder cette loi d'intérêt public par un

« moyen détourné en cherchant à s'abriter sous la protection accordée aux marques de fabrique ;

« Que, sans doute, celui qui se livre plus spécialement à la fabrication d'un remède, peut prendre comme marque de fabrique une dénomination de fantaisie afin d'empêcher la confusion des produits de sa fabrication avec les produits similaires de ses concurrents. »

« Mais que pour avoir su quelques semaines à l'avance que la découverte d'un nouveau médicament allait être communiquée à l'Académie des sciences et divulguée sous le vocable chloralose et pour avoir fait le dépôt anticipé de ce mot comme marque de fabrique, les intimés n'ont pas pu se créer le droit exclusif de vendre ce remède sous le nom qui a servi à le faire connaître au monde savant et qui, depuis lors, n'a cessé d'être employé comme le terme générique d'une classe de produits ;

« Que le nom donné par l'inventeur à un corps nouveau doué de propriétés thérapeutiques s'incorpore avec lui et devient une désignation nécessaire, alors qu'il ne s'en offre pas à l'esprit d'autre plus simple et plus naturelle et que ce nom loin d'être purement arbitraire est emprunté à la substance qui fait l'élément principal et actif du remède ;

« Que dans les circonstances de la cause, la propriété du nom équivaldrait à la propriété de la chose elle-même et que réserver à Bain et Fournier le droit exclusif de se servir du mot *chloralose* serait leur

« accorder pour l'annonce et le débit de ce médicament
« un monopole que la loi leur refuse, etc. » (1).

Dans une deuxième espèce soumise au Tribunal de la Seine à propos de la marque « Salol », celui-ci persistant dans sa jurisprudence, déclare que c'est bien là une appellation de fantaisie propre à constituer une marque (2).

La Cour, adoptant les conclusions très fortement motivées de l'avocat général Morillon, infirme par les considérants suivants :

« Attendu que le mot « Salol » est le nom donné au
« nouveau produit par son inventeur ; que c'est sous ce
« nom que le dit produit a depuis 1886 toujours été
« connu et désigné dans le monde scientifique et
« médical ; que depuis 1886 de nombreux articles ont
« été publiés dans les journaux de médecine et de
« pharmacie, ainsi que dans les comptes rendus de
« l'Académie de médecine et autres sociétés savantes ;
« Que partout le mot « Salol » y est employé pour
« qualifier le produit employé par le docteur Nencky ;
« Que cette dénomination était usuelle et depuis
« longtemps tombée dans le domaine public quand en
« 1893 Durand et Huguenin ont pris ce mot pour en
« faire l'objet de leur marque ;

« Que depuis 1886 dans le langage scientifique,
« comme dans le langage vulgaire, le mot salol est
« substitué à ceux de salicylate de phénol ;

1. Cour de Paris (2^e ch.), 8 février 1898, *Annales*, 98.

2. Trib. Seine, 22 juillet 1895, *Droit industriel*, 1898, p. 248.

« Qu'il est seul usité pour désigner ce produit avec
« lequel il s'identifie » (1).

Les adversaires de la thèse adoptée par ces deux arrêts, prétendaient cependant que ce n'étaient là que deux décisions d'espèce ; que si pour des raisons particulières ces dénominations étaient devenues la dénomination nécessaire, il n'y avait cependant rien de spécial à des produits pharmaceutiques. Ils s'autorisaient d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 avril 1895 confirmant un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 13 juin 1893. Ce jugement admet que le mot exalgine, donné à un produit préconisé contre la douleur, est cependant une marque valable :

« Attendu que ce mot qui n'est pas la définition du
« produit est suffisamment arbitraire et de fantaisie
« pour être l'objet d'une appropriation dans une marque de fabrique ;

« Attendu que si l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844
« dispose dans l'intérêt du public que les produits
« pharmaceutiques ne peuvent faire l'objet d'un brevet
« et sont soumis aux règlements spéciaux sur la matière,
« notamment au décret de 1810 relatif aux remèdes
« secrets, et si, en thèse générale, il en est de même
« pour les dénominations de produits pharmaceutiques,
« celui toutefois qui, s'appliquant particulièrement à la
« fabrication de ces produits, veut le distinguer des

1. Cour de Paris (4^e ch.), 40 mars 1898, Bert, *Le droit industriel*, p. 248.

« produits similaires fabriqués par ses concurrents est
« en droit de le désigner par un signe distinctif spécial
« et par conséquent par une dénomination qui lui soit
« propre ».

De plus le Tribunal de la Seine, dans une affaire, où cependant les efforts de l'inventeur pour s'attribuer le monopole du produit étaient assez caractérisés refusait encore le 28 juillet 1898 de se ranger à l'opinion de la Cour. Il décidait que sans avoir à examiner les conséquences possibles d'un dépôt de marque, il suffisait de constater que le mot « antipyrine » n'est pas un terme générique nécessaire, et qu'il « doit être rangé dans la catégorie des noms de fantaisie pouvant constituer une marque de fabrique » ; qu'en effet il « n'est pas emprunté à la substance faisant l'élément principal et actif du remède ».

On comprend la gravité des conséquences d'un pareil jugement qui auraient été de spécialiser pour toujours les cachets d'antipyrine d'un usage si répandu. La Chambre syndicale des pharmaciens de la Seine porta le débat devant la Cour, qui, fidèle à sa jurisprudence, infirma par l'arrêt dont voici quelques passages essentiels :

« Considérant... qu'il est indispensable que la dénomination choisie pour désigner le produit pharmaceutique, *à la différence de tout autre produit*, soit
« une dénomination de fantaisie et non pas une marque
« usuelle et nécessaire, capable de révéler par son seul
« énoncé soit la nature particulière, soit la vertu propre
« et médicale du produit déposé ;

« Que s'il en était autrement tout fabricant d'un produit pharmaceutique s'assurerait aisément le monopole de la vente du produit en même temps que celui de sa fabrication et ferait ainsi échec aux dispositions susvisées des lois de 1844 et 1857 ;

« Considérant dès lors que le seul point à examiner dans l'espèce soumise à l'appréciation de la Cour, est de savoir si le mot « antipyrine », en le supposant régulièrement déposé par la Société 'parisienne de couleurs d'aniline, est un mot banal et de fantaisie, arbitrairement choisi en vue d'un dépôt légal comme l'ont pensé les premiers juges ou si au contraire il a été intentionnellement adopté par son auteur le docteur Knorr pour le faire accepter dans le monde médical et pour répondre aux besoins de la thérapeutique ;

« Considérant qu'à ce point de vue tout concourt à établir que le mot adopté par Knorr, loin de relever du caprice ou de la fantaisie, a été par lui emprunté au vocabulaire médical ; que, par son origine, son objet, et l'usage qui en a été fait par ce savant, ce mot révèle tout ensemble une découverte scientifique et une application de cette découverte à l'art de guérir ;

« Considérant en effet qu'il n'est pas contesté que le docteur Knorr a simplement substitué le mot « antipyrine » à une formule chimique primitivement donnée au produit par lui découvert ;

.

« Considérant d'autre part que ce même mot a été

« employé par Knorr lui-même et par d'autres savants
« dans un grand nombre de publications scientifiques
« excluant toute banalité et toute fantaisie ;

.
« Que ce mot relève de la science médicale et non
« de la fantaisie individuelle ;

« Qu'au lendemain de sa création par Knorr ou plus
« exactement de son emprunt au vocabulaire des méde-
« cins, il est en réalité tombé dans le domaine public
« et n'a pu dès lors être utilement approprié par la
« Société parisienne des couleurs d'aniline » (1).

Ainsi, la Cour déclare que le caractère « non fantaisiste » d'une appellation, en matière de pharmacie tout au moins, résulte non de sa constitution arbitraire, mais de l'emploi qui en est fait au début. Si c'est le nom qui a été livré aux savants, au corps médical, il tombe par ce fait même dans le domaine de la science, dans le domaine public.

Sans doute elle tient compte dans ses motifs, de ce que le nom « antipyrine » rappelle les propriétés du corps. Mais on peut croire que, le nom eût-il été entièrement arbitraire, ses conclusions eussent été les mêmes, car ses arguments principaux auraient eu la même valeur. C'est en cela que cet arrêt a une portée plus considérable que les précédents.

Il manquait cependant à cette jurisprudence, malgré tout contradictoire, la consécration de la Cour de cassation. Elle lui a été donnée le 24 juin 1908.

1. Cour de Paris (1^{re} ch.), 4 mai 1900, *Gazette des tribunaux*, 1900. 2. 79.

La Cour de Lyon, confirmant un jugement du tribunal de cette ville en date du 2 mai 1906, avait décidé que le mot « Pyramidon » ne peut constituer une marque de fabrique.

« Attendu, qu'autant il importe dans l'intérêt général
« de ne pas laisser accaparer par un seul, directement
« ou indirectement, un médicament utile à la santé
« publique au mépris de l'article 3 de la loi du 5 juillet
« 1844, autant il est facile à la société demanderesse, si elle ne prétend qu'aux avantages d'une
« marque de fabrique, d'empêcher la confusion du produit de sa fabrication avec les produits similaires de
« ses concurrents en vendant le pyramidon qu'elle
« fabrique sous un nom spécial et par exemple sous le
« nom de Pyramidon Filehne » (1).

La Compagnie parisienne des couleurs d'aniline ne s'inclina pas devant cet arrêt, et forma un pourvoi devant la Cour de cassation, pourvoi qui fut rejeté par la Chambre des requêtes :

« Attendu que pour refuser à la société demanderesse la qualité de propriétaire exclusive de la dénomination de « pyramidon », le jugement du Tribunal de Lyon, dont la Cour d'appel a adopté les motifs, s'est fondé sur les dispositions de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844, aux termes duquel ne sont pas susceptibles d'être brevetés les compositions pharmaceutiques et remèdes de toutes sortes ; qu'à bon droit

1. Cour de Lyon, 23 février 1907, *La loi*, 22 mars 1907 (Le docteur Filehne est l'inventeur du pyramidon).

« ledit jugement ajoute qu'il ne saurait être permis
« d'éluder cette prescription d'intérêt général par un
« moyen détourné en s'abritant sous la protection dont
« la loi entoure les marques de fabrique.

« Or, attendu que le juge du fait déclare souveraine-
« ment que le dépôt de la marque Pyramidon, effectué
« le 26 octobre 1896, n'a été qu'un expédient imaginé
« par la société demanderesse pour confisquer un nou-
« veau remède qui allait être vulgarisé sous ce nom, et
« se créer un droit exclusif de le vendre sous cette
« dénomination ; qu'elle n'a pas pu déposer valable-
« ment comme marque de fabrique le simple nom des-
« tiné à devenir bientôt après la désignation usuelle et
« nécessaire du nouveau produit.

« Attendu qu'en rejetant dans ces conditions la
« demande en contrefaçon de marque dirigée contre la
« société défenderesse éventuelle, la décision attaquée
« n'a violé ni faussement appliqué aucun des textes
« visés à l'appui du pourvoi ... (1).

Cet arrêt, d'une importance capitale, puisqu'il fixe la
jurisprudence, était attendu avec impatience par le
corps pharmaceutique.

Il se range franchement à l'opinion de la Cour de
Paris lorsqu'il pose enfin d'une façon définitive le prin-
cipe « qu'il ne saurait être permis d'éluder par un
moyen détourné, en s'abritant sous la protection dont la
loi entoure les marques de fabrique, la prescription d'in-

1. Cassation, requêtes, 24 juin 1908, *La loi*, 26-27 juillet 1908.

térêt général édictée par l'article 3 de la loi de 1844. Ce ne sont pas là les termes d'un arrêt d'espèce, mais bien ceux d'une déclaration de principe. Voilà la doctrine que la Cour de cassation est décidée à faire respecter. Quant à reconnaître si le déposant de la marque a voulu s'approprier, à titre privatif, une dénomination qui allait devenir le nom nécessaire d'un produit médicamenteux, c'est là une question de fait, qui échappe à la censure de la Cour de cassation.

Les inventeurs et les propriétaires de marques s'élèvent violemment contre cette théorie qu'ils estiment révolutionnaire et qui est en tout cas très grave pour eux.

« La jurisprudence établie par la Cour de cassation, « dit M. Fourneau, a suscité à l'étranger une vive émotion dans les milieux intéressés, parce qu'elle lèse « des intérêts nombreux et des situations acquises.

« En France, elle décourage ceux qui, malgré tant de « difficultés accumulées, s'efforcent depuis quelques « années de créer une industrie sérieuse des remèdes « nouveaux chimiquement définis » (1).

Et l'inventeur de la stovaine, se plaint amèrement d'être dépouillé de la protection de la loi de 1857 à laquelle il a légitimement droit.

« Comme tout fabricant, prenant une marque pour « désigner un produit nouveau chimiquement défini, « n'a pas évidemment d'autre but que de faire connaître

1. *Bulletin des sciences pharmacologiques*, juin 1909-juillet 1909.

« tre le produit sous le nom qui a été déposé, il s'ensuit
« qu'aucune dénomination ne peut devenir une marque
« de fabrique valable quand elle s'applique à un pro-
« duit nouveau ».

Enfin il prétend que l'arrêt repose sur une fausse interprétation de la loi sur les brevets.

« S'il est exact de dire que le dépôt d'une marque
« pour un nouveau remède sert à créer en faveur du
« dépositaire de la marque un droit exclusif de vendre
« le remède sous le nom déposé, il est absolument faux
« de prétendre que ce n'est qu'un expédient pour con-
« fisquer le nouveau remède, car il n'y a pas d'exem-
« ples de nouveaux remèdes chimiquement définis, qui
« aient été accaparés grâce à la marque déposée ».

Nous croyons que M. Fourneau se trompe sur le but et la portée de la loi de 1857. Elle ne se préoccupe aucunement de protéger ni d'encourager les inventeurs, mais simplement d'empêcher que les acheteurs soient trompés sur l'origine d'un produit. Ce que veut la loi c'est que la marque apposée sur un produit le distingue des produits similaires provenant d'une autre fabrication. Si la dénomination distingue, c'est une marque ; si elle ne distingue pas, ce n'est pas une marque.

Sans doute « plus un nom deviendra connu, moins il pourra être revendiqué par celui qui l'a déposé le premier ». Ce nom sera si répandu qu'il ne distinguera plus ; il sera l'appellation usuelle et nécessaire du produit. Il ne produira plus les effets d'une marque, mais ceux d'un brevet d'invention. Ce résultat sera possible en matière de produits ordinaires ; il ne le sera pas en

matière de remèdes puisque la loi interdit le brevet.

D'ailleurs, M. Fourneau dit lui-même :

La marque permet-elle de confisquer un remède chimique défini ? Si oui, l'arrêt de la Cour se justifie, sinon, il est injuste et illégal.

Or, l'*exalgine* est un produit chimique défini qui a été monopolisé grâce à la marque. Les pharmaciens ne peuvent délivrer que celle qui est fabriquée par le déposant de la marque. Jamais un médecin ne s'est avisé de prescrire du *méthylacétanilide*, nom que la plupart ignorent d'ailleurs.

Sans doute, dit-on, mais en droit ce monopole n'existe pas puisqu'on *peut* fabriquer et vendre ce produit. Bien plus, un pharmacien quelconque peut déposer une autre dénomination commode et le vendre sous ce nom.

C'est possible en droit ; ce n'est pas possible en fait. Dès le premier jour les médecins et les malades ont connu le premier nom et lui seulement. Ils sont habitués à lui et méconnaîtront toujours le second.

Bien plus, si le deuxième nom arrive à s'imposer, les deux dénominations deviendront alors usuelles. Le monopole du produit sera partagé entre deux propriétaires de marque, mais le droit du public sera toujours méconnu au mépris de l'article 3 de la loi de 1844.

La seconde dénomination ne pourra pas constituer une marque, pas plus que la première.

En somme, si le droit d'exploitation d'un remède, qui ne peut être objet de propriété privée, se trouve réservé en fait à un ou plusieurs propriétaires, de quelque façon que ce soit, la loi de 1844 est violée, puisque ce remède

est soustrait au « domaine commun de la pharmacie » (1).

Le journal *La Loi* publie aussi à la suite de l'arrêt une longue note de M^e Bogelot, spécialiste des questions de droit pharmaceutique.

Celui-ci reconnaît que les craintes de la Cour sont fondées et que la dénomination permettra, dans certains cas, d'arriver à la confiscation du produit. Il croit cependant que ce fait tient beaucoup moins aux caractères de la dénomination qu'à une mauvaise habitude du public, dont il est injuste de rendre responsable le propriétaire d'une marque.

« Ne savons-nous pas, dit-il, que malgré la particularité du nom patronymique plus privatif encore, s'il est possible, qu'une marque, l'usage vicieux, mais certain, se crée dans le public de dénommer les produits similaires sous le nom du produit véritable que la publicité a fait connaître ? Il fut une période où chacun disait : « J'ai maintenant des becs Auer » bien que le bec soit d'une autre maison.

« C'est que le mot bec Auer, par suite de la publicité, s'était identifié, à tort, d'ailleurs, avec le produit qui aurait dû être dénommé bec à incandescence. Il en est de même aujourd'hui du frein Bowden, nom que le public s'obstine à donner à tous les freins mus par une transmission flexible.

« Mais, de ce que le public, par une habitude res-

1. Cf. Henri Martin, *Journal de pharmacie et de chimie*, août 1909, au très intéressant article duquel nous empruntons la plupart des arguments ci-dessus.

« pectable, adopte une terminologie inexacte, faut-il
« en conclure que le public qui a tort, aura raison, et
« que le propriétaire d'un nom ou d'une marque sera
« dépouillé du prix de son travail... »

Le public a évidemment tort, et personne ne veut faire qu'il ait raison. Mais dans ces cas le résultat obtenu tient, croyons-nous, beaucoup plus au brevet pris pour le bec Auer ou pour le frein Bowden, qu'à la marque de fabrique. Pendant quinze ans le public a su que tous les becs à incandescence étaient des becs Auer, que tous les freins à transmission flexible étaient des freins Bowden. Il était bien excusable, au lendemain de la déchéance du brevet, déchéance qu'il ignorait peut-être, d'employer une expression qui la veille était encore exacte. D'ailleurs avec le temps cette habitude s'est perdue peu à peu, et aujourd'hui le langage est presque toujours correct.

Si, dès le premier jour, tout le monde avait pu fabriquer des becs à incandescence ou des freins à transmission flexible, plusieurs marques se seraient créées, et surtout le public aurait trouvé dans le commerce ces objets sans marque, par conséquent sous leur nom commun.

De plus, pour un produit ordinaire, on peut se rendre compte facilement si celui du voisin offre la même utilité, et le nom commun est toujours commode et facile à prononcer. Nous avons déjà vu qu'il est loin d'en être ainsi pour les produits médicamenteux.

Mais, poursuit M^e Bogelot, « puisque les lois de 1844

« et de 1857 sont en conflit, pourquoi donner la pré-
« férence à la loi de 1844 ?

« Les Chambres réunies de la Cour de cassation
« n'ont-elles pas jugé le 9 juillet 1891, (Bataille 93.333) :
« Vu l'article 2 de la loi du 23 juin 1857 ; attendu, en
« droit, qu'aux termes de cet article, une marque de
« fabrique et de commerce devient la *propriété exclu-*
« *sive* de celui qui a déposé deux exemplaires de cette
« marque au greffe du tribunal de commerce de son
« domicile. »

« Comment alors peut-on dire à quelqu'un.... : vous
« avez parfaitement observé les prescriptions de la loi,
« et si votre marque était relative à une lampe élec-
« trique, à un cirage, ou à n'importe quoi, vous seriez
« protégé ; mais s'agissant d'un remède vous ne l'êtes
« pas, parce que la force des choses a fait que vous
« éludez, en fait, sinon en droit, les dispositions for-
« melles d'une autre loi ; vous voudrez donc bien, à
« l'avenir laisser de côté cette partie de la loi, bonne
« pour tous les autres commerces, mais mauvaise pour
« vous. »

« Si les lois sont en conflit, si les dispositions des
« unes viennent contrarier le libre jeu des dispositions
« des autres, il appartient au législateur, et à lui seul,
« de les harmoniser ; mais les tribunaux n'ont certai-
« nement pas le droit de vouloir créer cette harmonie,
« en supprimant de leur propre autorité tout ou partie
« d'un texte en vigueur, alors surtout que cette sup-
« pression ne s'applique qu'à une catégorie de justi-
« ciables ».

Cet argument ne laisse pas que d'être impressionnant. Et cependant nous pensons que la Cour de cassation en tranchant elle-même le conflit n'est pas sortie de son rôle. Sans doute elle doit appliquer les lois dans toute leur rigueur, mais elle doit aussi s'efforcer de les interpréter dans leur vrai sens, d'en faire appliquer surtout l'esprit, plutôt que la lettre. Nous avons vu ce qu'était une marque de fabrique d'après la loi de 1857, quelle était sa portée, qu'elle était la protection qu'elle offrait. Il est facile de voir que cette loi n'est pas violée. Et d'autre part lorsque la Cour de cassation se trouve en présence de deux dispositions qui ne s'harmonisent peut-être pas complètement : « elle doit décider quelle est celle qui par sa « généralité, s'impose plus rigoureusement, et ne doit « subir aucune atteinte ».

En admettant la théorie de M^e Bogelot, il y avait en présence deux intérêts : les intérêts des inventeurs et propriétaires de marques, l'intérêt de la santé publique. Personne ne lui reprochera d'avoir montré plus de vigilance à conserver l'intégrité du second.

Quoi qu'il en soit il ressort clairement de toute la jurisprudence que nous venons de citer, la règle suivante : « Le nom sous lequel l'inventeur d'un médicament nouveau le fait connaître au monde médical

« devient nécessairement le nom même du produit et
« tombe immédiatement au domaine public » (1).

La dénomination déposée par celui qui aura imaginé un remède nouveau, ou une modification nouvelle et importante d'un remède connu, sera en quelque sorte l'état civil du produit ; elle ne pourra créer à son profit aucun droit privatif.

Comment les inventeurs s'accommoderont-ils de cette situation nouvelle ?

M^e Bogelot propose, sans grande conviction, un « moyen » d'avoir une marque valable.

« La solution serait peut-être, dit-il, pour l'inventeur
« de donner franchement au début un état civil à son
« produit, état civil consistant dans un nom parfaite-
« ment fantaisiste, mais habilement agrémenté de con-
« sonnes et de syllabes rugueuses, de telle sorte que ce
« nom n'ait aucune chance d'être retenu.

« Sous ce nom on ferait connaître le produit pendant
« un mois ou deux, dans les journaux scientifiques peu
« lus, mais qui resteront là comme des archives de
« l'état civil. Pendant cette période, fabriquer très peu
« et vendre encore moins, pour être bien certain que ce
« nom ne fera pas fortune.

« Enfin au bout de deux ou trois mois déposer un autre
« nom fantaisiste encore mais composé de voyelles et de
« syllabes harmonieuses faciles à retenir. Il serait peut-
« être bon de rappeler, dans la publicité, au début tout

1. Henri Martin, *loc. cit.*

« au moins, que le nouveau produit spécialisé n'est
« autre que celui qui était connu sous l'autre nom.

« Il faudra même, peut-être, pour éviter que la
« supercherie ne frappe trop, trouver un véritable
« complice qui fasse les premières communications. »

Nous croyons que cette « supercherie » serait facilement déjouée. La Cour de cassation a décidé en effet qu'un fabricant « n'a pas pu déposer valablement comme marque de fabrique le simple nom *destiné à devenir* bientôt après la désignation usuelle et nécessaire du produit ».

Elle n'a pas dit « le simple nom qui était la désignation », mais « le simple nom destiné à devenir... ». La nuance est délicate, mais elle est importante.

Or dans le cas précédent, il est bien certain que la deuxième appellation deviendrait avant peu la désignation usuelle et nécessaire et il ne serait pas douteux qu'elle était destinée à le devenir.

Selon nous, le premier fabricant d'un remède doit abandonner au domaine public une dénomination naturelle, simple, rappelant si possible la composition ou les propriétés du produit. Ce sera celle que les médecins et le public emploieront couramment. A côté de cela il pourra se réserver une dénomination arbitraire, fantaisiste, tirée de son nom par exemple, ou bien il ajoutera à la première son nom patronymique. Il possédera alors une marque de fabrique loyale, qui n'aura que les effets d'une marque et personne ne songera à lui en contester la validité.

En résumé, actuellement pour qu'une marque appliquée à un remède nouveau soit valable il faut :

Ou bien qu'elle individualise le produit en faisant suivre la dénomination qui lui a été attribuée du nom du fabricant ou de celui de l'inventeur (par exemple Pyramidon Filehne) ;

Ou bien qu'elle soit prise postérieurement à l'apparition du produit qui est déjà connu sous une dénomination simple et devenue dénomination nécessaire : (exemple : glycérophosphate de chaux ; dénomination nécessaire et plus tard neurosine, marque valable).

Enfin il serait à souhaiter pour donner encore plus de sécurité, pour qu'il s'établisse une règle fixe et définitive « permettant au commerce de faire une chose ou de « ne pas la faire, mais au moins avec certitude de l'avoir » de voir la jurisprudence sanctionnée par une mesure législative qui réaliserait un vœu constamment émis par les congrès français et internationaux de pharmacie :

« Aucune dénomination scientifique ou commerciale donnée à un médicament simple ou composé ne peut constituer par elle-même une marque de fabrique ni devenir une propriété privée au profit de son auteur ».

BIBLIOGRAPHIE

- ALLART. — Des inventions brevetables. 1896. Rousseau.
- ALLART. — De la pharmacie au point de vue de la propriété industrielle. Marchal et Billart. 1883.
- ANNALES DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, ARTISTIQUE ET LITTÉRAIRE.
— Revue mensuelle fondée en 1855 par Pataille.
- BEAUME ET DUMONT. — Code pratique de l'inventeur breveté. 1895.
- BÉDARRIDE. — Commentaire des lois sur les brevets d'invention. 1869-1894. Paris. Durand et Pedone.
- BERT. — Le droit industriel. Revue mensuelle paraissant depuis 1886.
- BRIAND ET CHAUDÉ. — Manuel de médecine légale. Baillière. 1879.
- BLANG. — L'inventeur breveté. 1852. Cosse.
- BULLETIN de la Chambre syndicale des pharmaciens de la Seine.
Revue mensuelle fondée en 1893 par Riethe, dirigée par le docteur Henri Martin. Duruy.
- CALMELS — De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence.
- C. CRINON. — Répertoire de pharmacie fondé en 1844 par Bouchardat.
- A. CRINON. — Annales de jurisprudence pharmaceutique.
- COUTANT. — Législation pharmaceutique. Storek. 1902.
- COUHIN. — De la propriété industrielle, artistique et littéraire. Larose. 1894.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale et supplément. Recueil périodique.
- DUBRAC. — Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique. 1893. Baillière.
- GAZETTE DES TRIBUNAUX. — Recueil périodique.
- HUARD ET PELLETIER. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de brevets d'invention. 1885.

- LA LOI. — Recueil périodique. Notes de M. Bogelot.
LYON-CAEN ET CAHEN. — De la législation des brevets d'invention.
1877.
MAILLARD DE MARAFY. — Dictionnaire de la propriété industrielle.
Chevalier-Marescq. 1890.
MAINIÉ. — Nouveau traité des brevets d'invention. Chevalier-Marescq.
1896.
MARTIN SAINT-LÉON. — Les conditions de validité des brevets d'in-
vention. 1886. Rousseau.
NOUGUIER. — Des brevets d'invention et de la contrefaçon. 1858.
PICARD ET OLIN. — Traité des brevets d'invention et de la contre-
façon industrielle. 1869.
POUILLET, TAILLEFER ET CLARO — Traité des marques de fabrique.
1906. Marchal et Billard.
POUILLET, TAILLEFER ET CLARO. — Traité des brevets d'invention.
1909. Marchal et Billard.
WEIL. — De l'exercice illégal de la pharmacie. Marchal et Billard.
1886.

VU :

Le Président de la thèse,
E. THALLER.

VU :

Pour le Doyen,
L'assesseur,
P. CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1

CHAPITRE PREMIER

Des remèdes

Qu'est-ce qu'un remède.	3
Remèdes secrets.	18

CHAPITRE II

Des brevets d'invention

Législation antérieure à 1844	26
La loi du 5 juillet 1844.	29
Sa portée et ses conséquences.	50

CHAPITRE III

Des marques de fabrique

Des marques appliquées aux remèdes.	69
Des marques appliquées aux remèdes secrets.	74
Des dénominations et de leur valeur comme marque	87



